

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

La prevaricación administrativa : (art. 358 del C.p.)

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Emilio Octavio de Toledo y Ubieto

DIRECTOR:

Horacio Oliva García

Madrid, 2015

R. 8799

8.10.1
OCT

LA PREVARICACION ADMINISTRATIVA

(art. 358 del C.p.)

EMILIO OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO

Director de la tesis: Prof. Dr. Horacio Oliva García

Í N D I C E D E A B R E V I A T U R A SREVISTAS

ACJ	Anuario de Ciencia Jurídica.
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
CBLP	Le Corti di Bari, Lecce e Potenza.
CPCr.	Cuadernos de Política Criminal.
DA	Documentación Administrativa.
DJ	Deutsche Justiz.
DRiZ	Deutsche Richterzeitung.
FP	Il Foro Penale.
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht.
GC	Giurisprudenza Completa della Corte Suprema di Cassazione.
GP	La Giustizia Penale.
GS	Der Gerichtssaal.
IJ	Información Jurídica.
J	Die Justiz.
JuS	Juristische Schulung.
JV	Justiz und Verfassung.
JZ	Juristenzeitung.
MC	Moneda y Crédito.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift.
PD	Politica del Diritto.
QC	La Questione Criminale.
RAP	Revista de Administración Pública.
RDC	Revista de Derecho de la Circulación.
RDP	Rivista di Diritto Penitenziario.

RDPco.	Revista de Derecho Público.
RDPr.	Revista de Derecho Procesal.
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo.
REDM	Revista Española de Derecho Militar.
REP	Revista de Estudios Penitenciarios.
REPl.	Revista de Estudios Políticos.
REVL	Revista de Estudios de la Vida Local.
RFDUCM	Revista de la Facultad de Derecho de la Univer sidad Complutense de Madrid.
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurispruden- cia.
RIDP	Rivista Italiana di Diritto Penale (desde 1959: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale; V., RIDPP)
RIDPP	Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale Penale (hasta 1958 inclusive: Rivista Italiana di Diritto Penale; V., RIDP).
ROW	Recht in Ost und West.
RP	Rivista Penale.
SP	La Scuola Positiva.
S.RCS	Sistema. Revista de Ciencias Sociales.
ZB	Zeitschrift für Beamtenrecht.
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissens- chaft.

ENCICLOPEDIAS.

ED	Enciclopedia del Diritto.
EJE	Enciclopedia Jurídica Española.
NsDI	Novissimo Digesto Italiano.
NEJ	Nueva Enciclopedia Jurídica.

LEYES.

C.C.	Código Civil.
C.p.	Código penal; Codice penale; Code penal.
L.E.C.	Ley de Enjuiciamiento Civil.
L.E.Cr.	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
L.E.E.A.	Ley de Entidades Estatales Autónomas.
L.E.F.	Ley de Expropiación Forzosa.
L.F.C.A.E.	Ley de Funcionarios Civiles de la Administración del Estado.
L.J.C.A.	Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
L.O.E.	Ley Orgánica del Estado.
L.O.P.	Ley de Orden Público.
L.O.P.J.	Ley Orgánica del Poder Judicial.
L.P.A.	Ley de Procedimiento Administrativo.
L.R.J.A.E.	Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.
L.R.L.	Ley de Régimen Local.
L.S.E.	Ley de Seguridad del Estado.
R.F.A.L.	Reglamento de funcionarios de la Administración Local.
Reg.R.D.F. A.C.E.	Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado.
StGB	Strafgesetzbuch.

OTRAS ABREVIATURAS.

A.T.	Allgemeiner Teil.
BGHSt.	Bundesgerichtshof Strafrecht.
B.T.	Besonderer Teil.

BVerfG	Bundesverfassungsgericht.
E. de M.	Exposición de Motivos.
P.E.	Parte Especial.
P.G.	Parte General; Parte Generale.
P.S.	Parte Speciale.
Rdn.	Rundnummer (número marginal).
Reg.	Reglamento.
S.T.S.	Sentencia del Tribunal Supremo.
T.S.	Tribunal Supremo
Trb.	Tribunal.

C A P I T U L O P R I M E R O

LOS ELEMENTOS "RESOLUCION" Y "ASUNTO ADMINISTRATIVO"

DEL ARTICULO 358 C.P.

CAPITULO PRIMERO

LOS ELEMENTOS "RESOLUCION" Y "ASUNTO ADMINISTRATIVO"

DEL ARTICULO 358 C.P.

SUMARIO DEL CAPITULO PRIMERO.

- I. LA "RESOLUCION": OPINION DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA PENALES.
- II. LA "RESOLUCION" EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. ESTUDIO ESPECIFICO DEL CONCEPTO Y CARACTERES DE LA "RESOLUCION" EN LA LEGISLACION PROCESAL-ADMINISTRATIVA.
 1. Delimitaciones previas.
 - A) La "resolución" como acto administrativo.
 - B) Ambito de investigación: la legislación sobre procedimiento administrativo.
 2. La "resolución" en la Ley de Procedimiento Administrativo de 17-VII-1958.
 - A) El concepto de "resolución" de las Secciones 1ª y 2ª del Cap. IV del Tít. IV y del art. 113 ("concepto convencional").
 - B) Las correcciones al "concepto convencional", en la propia L.P.A.
 - 1ª. En cuanto a la forma.
 - a) Planteamiento. Resoluciones escritas y resoluciones expresas y presuntas. El silencio administrativo y su problemática en relación al art. 358 C.p.
 - b) Resoluciones tácitas y resoluciones orales y mímicas.

2ª. En cuanto al contenido: la decisión.

- a) ¿Resolución sin declaración de voluntad?
- b) Actos de trámite decisorios.

3ª. En cuanto a los efectos: Planteamiento.

- a) Resoluciones al margen de un acto-procedimiento.
- b) Resoluciones que no ponen fin al procedimiento principal.
- c) Resoluciones que no admiten recurso administrativo.
- d) Resoluciones no conformes al "concepto convencional", que abren la vía de recurso administrativo.

4ª En cuanto a la denominación: Planteamiento.

- a) El "acuerdo".
- b) La decisión. Interpretación del art. 100 L.P.A.
- c) La "disposición".
- d) La "orden".
- e) La "resolución" de los arts. 79, 2; 117, 2; y 128, 1, L.P.A.

C) Conclusiones.

- a) En general.
- b) Características definitorias:

Primero: En cuanto a la forma.

Segundo: En cuanto al contenido.

Tercero: En cuanto a los efectos.

Cuarto: En cuanto a la denominación.

3. La "resolución" en el D. 1408/1966 de 2 de junio, de adaptación de la L.P.A. a los Departamentos militares.
- A) En cuanto a la forma.
 - B) En cuanto al contenido.
 - C) En cuanto a los efectos.
 - D) En cuanto a la denominación.
 - E) Conclusiones:
 - a) En cuanto a la forma.
 - b) En cuanto al contenido y los efectos.
 - c) En cuanto a la denominación.
4. La "resolución" en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, Texto refundido de 26 de julio de 1957.
- A) En cuanto a la forma.
 - B) En cuanto al contenido.
 - C) En cuanto a los efectos. El "carácter ejecutivo" de las resoluciones y "su irrevocabilidad, en principio, cuando sean declaratorias de derechos"; los "actos consentidos" y los "actos confirmatorios".
 - D) En cuanto a la denominación. El "dictamen" y la "providencia".
 - E) En cuanto a los sujetos.
 - F) Conclusiones:
 - a) En cuanto a la forma.
 - b) En cuanto al contenido.
 - c) En cuanto a los efectos.
 - d) En cuanto a la denominación.
 - e) En cuanto a los sujetos.

5. La "resolución" en la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26-XII-1958.

6. La "resolución" en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27-XII-1956.

A) En cuanto a la forma.

a) La resolución presunta. El elemento "dictare" resolución y la comisión por omisión.

b) El acto tácito.

c) Los actos no escritos.

d) El caracter de resolución de los actos en sus distintas formas.

B) En cuanto al contenido.

a) El contenido decisorio.

b) Los actos políticos o de gobierno.

C) En cuanto a los efectos.

D) En cuanto a la denominación.

E) Conclusiones.

a) En cuanto a la forma.

b) En cuanto al contenido.

c) En cuanto a los efectos.

d) En cuanto a la denominación.

7. Conclusiones generales del apartado II.

A) En general, respecto a la resolución como acto administrativo.

B) Respecto a las características definitorias de la resolución-acto administrativo:

a) En cuanto a la forma.

b) En cuanto al contenido.

- c) En cuanto a los efectos.
- d) En cuanto a la denominación.
- e) En cuanto a los sujetos.

III. "RESOLUCION" Y DISPOSICIONES GENERALES.

1. Introducción.

2. Argumentos que favorecen la inclusión de disposiciones generales en la "resolución" del art. 538 C.p. y delimitación de las incluibles en el mismo.

- A) El bien jurídico común atacable por actos y reglamentos.
- B) Posibilidades de mayor deterioro del bien jurídico que presenta el reglamento en relación al acto.
- C) Solo son incluibles los reglamentos autónomos. Fundamento y justificación de la potestad reglamentaria: de los reglamentos de ejecución y de los autónomos.
 - a) El carácter no puramente administrativo de los reglamentos de ejecución.
 - b) La imputación del reglamento al aparato administrativo del Estado.
 - c) La relación de los arts. 358 y 377 C.p.: repetición y vacío legal. Remisión a otro lugar.
 - d) Los reglamentos de ejecución no son declaraciones de voluntad de la Administración.
 - e) Los "principios democrático y monárquico" y los reglamentos.
 - f) Los reglamentos de ejecución como emanación de la Administración-instrumento.

- g) Los precedentes del art. 377 C.p. y los reglamentos autónomos: el vacío legal en relación a estos reglamentos. La usurpación de atribuciones en el interior de la propia Administración: los arts. 377, 356 y 320, párr. 1º del C.p.
 - h) Exclusión del art. 358 de los "reglamentos del ordenamiento jurídico civil" y de los "reglamentos parlamentarios". Posibilidades del art. 377 en relación a ellos.
 - i) Los reglamentos que pueden ser "resolución" del art. 358 C.p.
- D) La ausencia de otro tipo penal para algunos reglamentos autónomos injustos: El bien jurídico protegido en el art. 377 C.p. Reglamentos incluibles en el art. 377 y reglamentos autónomos que deben incluirse en el 358.
- E) Otros reglamentos incluibles en el art. 358 C.p. Ambito del reglamento autónomo.
- a) "Reglamentos de policía" del art. 14, 3 L.R.J.A.E.; "Reglamentos, medidas y ordenanzas de necesidad". Su inclusión en el art. 358 C.p.
 - b) Atribución de la potestad reglamentaria en la Administración del Estado y determinación de los reglamentos que, en función de ella, son incluibles, respectivamente, en los arts. 377 y 358 C.p.
 - c) La potestad reglamentaria de las otras Administraciones públicas. Su doble subordinación y la posibilidad de inclusión en el art. 358 C.p. Remisión a la "Introducción".

- d) La "circulares, instrucciones y órdenes de servicios". Su caracter de acto o de norma y su inclusión en el art. 358 C.p. Remisión a la "Introducción".
- e) Reglamentos "normativos" y reglamentos "administrativos". El caracter de norma de estos últimos.
- f) Los reglamentos organizativos y reguladores de las relaciones de "supremacia especial", como auténticos reglamentos independientes que pueden ser "resoluciones" del art. 358 C.p. "Delegación recepticia" y ámbito del art. 377 C.p. Los "vicios de competencia y de forma".

F) La asimilación terminológica en la práctica.

3. Conclusiones.

IV. EL "ASUNTO ADMINISTRATIVO".

1. Concepto y función.

- A) La opinión de FERRER: el "asunto administrativo" como "acto administrativo en su acepción estricta".
- B) El "asunto administrativo" como simple delimitación de la materia: "negocio" y "asunto" administrativos; la función del "asunto administrativo" en el tipo; la posibilidad de que los jueces cometan el delito del art. 358 C.p.

2. Otros problemas vinculados a este elemento.

- A) La prevaricación de los fiscales y de los

funcionarios judiciales no jueces.

B) La separación entre "lo" administrativo y
"lo" judicial.

C) Los actos políticos o de gobierno.

3. Conclusiones.

I. LA "RESOLUCION": OPINION DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA PENALES.

Muy escasa es la doctrina científica española que se ha ocupado del concepto de "resolución" del art. 358 C.p. No obstante, permite afirmar que los elementos conceptuales suministrados por los estudios del Derecho administrativo a este respecto, no se aceptan totalmente con el mismo alcance que se les da en esta disciplina, sino que, conservándose núcleos fundamentales de la aportación administrativa, se atemperan algunos de ellos a las necesidades y fines del Derecho penal. Por lo que se puede hablar de la búsqueda de un concepto en buena medida autónoma de "resolución", a los efectos de la norma en estudio (1).

En este sentido, y en relación a lo que entiende por "resolución" la doctrina administrativa de modo unánime: el acto definitivo, deben considerarse las dos aportaciones de la doctrina penal:

-
- (1) Que el Derecho Penal se desvincula, en ocasiones, del entendimiento que en otras disciplinas jurisdiccionales se otorga a conceptos "prima facie" propios de estas, es algo generalmente aceptado. V. sobre el problema "de la validez de los conceptos usados en otras ramas del Derecho para el Derecho Penal", MUÑOZ CONDE, "Introducción al Derecho Penal", Barcelona, Bosch Casa Editorial, S.A., 1975, pg. 70 y bibliografía allí citada.

Por lo demás, es aquí de particular aplicación el argumento que, en el sentido anterior, ha empleado STORTONI respecto a los tipos del C.p. italiano que se pueden agrupar en torno al abuso de poder: "...entendido que al derecho penal compete la tarea de determinar autónomamente tanto los objetos jurídicos de tutela, cuanto los modos de tal tutela, no se puede sostener -tout court- que los tipos penales de abuso reenvían in toto a nociones traídas del derecho administrativo. En efecto, actuando así se llega a la incompañable conclusión de que las normas penales en cuestión se limitan a sancionar ilícitos administrativos". (Luigi STORTONI, "L'abuso de potere nel diritto penale", Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1976, pg. 135).

En primer término, la generalizada opinión de que la "resolución" del art. 358 no se refiere necesariamente (aunque, por supuesto, también los abarca) a actos definitivos: se entiende que los actos de trámite pueden ser resoluciones a los efectos del delito de prevaricación del art. 358 C.p. (2). Así se manifiestan, TEJERA (3), CUELLO CALON (4), SANCHEZ TEJERINA (5), y FERRER (6).

-
- (2) En alguna sentencia, ha mantenido el T.S. la contraria opinión de la necesidad de que sea definitiva la resolución para estimar el delito. Así, en la extraña S.T.S. de 14-V.1929, emitida en un momento en que se castigaba el "dictar o proponer providencia o resolución injusta", se exige el carácter definitivo de la resolución y de él se deduce, nada menos, que la concurrencia del elemento "a sabiendas": "...tal acuerdo pendía, por tanto, y no era definitivo hasta la resolución de la Superioridad, con lo que de manifiesto se revela el error cometido por el Tribunal sentenciador al castigar los hechos enjuiciados como constitutivos del delito de prevaricación, sancionado por el párrafo 1º del artículo 369 (actual 358) del Código penal, ya que, según tiene reiterado esta Sala, no teniendo carácter definitivo la resolución adoptada por dicho Ayuntamiento, no reúne el requisito esencial del delito de prevaricación, que lleva implícito el conocimiento a sabiendas, y sin dejar lugar a duda, de que el reo obró con el propósito e intención deliberada de faltar a la justicia, desde el momento en que sometía su resolución a la decisión de su superior jerarquía...".
- (3) La igualdad de materias legales con que operaba este autor al escribir su obra, permite que, a efectos expositivos, pueda incluirse entre la doctrina española. Diego Vicente TEJERA, "La prevaricación" (Memoria leída el día 1º de septiembre de 1925 por el fiscal de la Audiencia de Matanzas en la solemne apertura de los Tribunales), La Habana, 1926, pg. 233: "¿Este delito se comete exclusivamente en las... resoluciones definitivas que pongan término al asunto? Creemos que no...se delinque...al dictar injustamente toda clase de resoluciones que se puede acordar en un asunto...administrativo".

- (4) Eugenio CUELLO CALON, "El nuevo Código Penal Español (Exposición y Comentario)", T.II, Barcelona, Librería Bosch, 1930, pg. 307; "Según el Tribunal Supremo, para la genuina aplicación de este artículo es indispensable la existencia y planteamiento de un negocio contencioso-administrativo o meramente administrativo en cuyo tracto o terminación se consulte o dicte providencia o resolución injustas (18 ab. 1888)". El subrayado es mío.
- (5) Isaías SANCHEZ TEJERINA, "Código Penal Anotado", Madrid, Instituto Editorial Reus, 1948, pg. 400: "Cometen los delitos referentes a la prevaricación de funcionarios públicos, aquellos que... ejecuten los actos a que se refieren a cuestiones o resoluciones definitivas o a las que no lo fueren. El equivalente de las sentencias o autos injustos que dictaren los jueces, son las resoluciones, también injustas, que dictaren los funcionarios públicos en asuntos administrativos". Exactamente igual en "Derecho Penal Español. Tomo II. Parte Especial: Los delitos y las faltas en particular, y sus penas", 5ª ed., Madrid, Instituto Editorial Reus, 1950, pg. 186.
- (6) Antonio FERRER SAMA, "Comentarios al Código Penal", T. IV, Madrid, 1956, pg. 81: "El delito se puede cometer tanto en el caso de que la resolución injusta ponga término al asunto como en aquél en que dicha resolución sea dictada dentro del proceso de tramitación". QUINTANO ("Comentarios al Código Penal", 2ª ed., renovada por el autor y puesta al día por Enrique Gimbernat Ordeig, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1966, pg. 695), refiriéndose a la prevaricación judicial, tras señalar que en esta clase de prevaricación cuando es dolosa "la responsabilidad se escalona algo artificiosamente, por la categoría procesal de la resolución injusta: sentencia criminal (arts. 351, 352 y 353), resolución o sentencia definitiva en asunto no criminal (art. 354) y auto (art. 356)", concluye: "Parece, pues, que los jueces están penalmente autorizados para dictar en providencias todas las arbitrariedades que se les antojen". Evidentemente, existe esta "autorización penal" (si bien pueden existir responsabilidades disciplinarias), pero lo que aquí importa del argumento reproducido es señalar que la misma insatisfacción que en la prevaricación judicial, se produciría en la administrativa del art. 358 si se identificase el término "resolución" con el acto definitivo. Para afirmar esta identificación, no puede bastar el dato histórico de que desde 1848 hasta 1932, se hablara en los artículos correspondientes al actual 358 de "providencia o resolución", expresión que se reduce a la de "resolución" en el art. 363 del

Si se admite la lógica de esta conclusión, con más razón habrá que aceptar la que lleva a la doctrina penal a rechazar la necesidad de que el acto sea firme para estimarlo "resolución" del art. 358 C.p.: no se entiende preciso que el acto sea firme para ser "resolución"; en ello no hay diferencia con la doctrina administrativista. En este asunto se pronuncian GROIZARD (7), TEJERA (8), CUELLO CALON (9) y PUIG PEÑA (10). Sin embargo, el T.S. en alguna ocasión se ha manifestado de forma distinta (11).

-
- (6)C.p. de 1932, manteniéndose así hasta la actualidad; pues, sin explicación legislativa conocida del porqué de esta variación, la misma tanto puede significar que a partir de ese momento sólo se quiso tipificar los actos definitivos, como que se entendió redundante la utilización de los dos términos dado que el de "resolución" también abarcaba a las "providencias" de determinado carácter: las decisorias, como después se verá.
- (7) Alejandro GROIZARD y GOMEZ DE LA SERNA, "El Código Penal de 1870 Concordado y Comentado", T. IV. 2ª ed., Madrid, 1912, págs. 133-134: "No es necesario que la providencia injusta sea firme para que pueda ser imputada. La ley no lo dice, y cuando la ley no distingue, no es dado hacer distinciones a los Tribunales. Aunque pueda ejercitarse para reparar la injusticia cometida, el recurso ordinario de apelación en vía gubernativa o contenciosa, si la providencia es injusta y ha sido dictada a sabiendas, el funcionario debe ser castigado lo mismo cuando el superior revoque que cuando confirma su fallo". Con esta última afirmación se contesta, o hay vía para contestar, a alguna de las cuestiones planteadas por SELVA. Expone este último autor (Narciso Buenaventura SELVA, "Comentarios al Código Penal Reformado y planteado provisionalmente por la Ley de 3 de junio de 1870", Madrid, 1870, pgs. 158-159) las siguientes interrogantes que, refiriéndose a la prevaricación judicial, pueden también reproducirse con leves correcciones para la administrativa: "Otra cuestión deberá prevenirse también. Una sentencia pronunciada por un Juez de Primera Instancia, confirmada por la Audiencia y declarada no casable por el Tribunal Supremo ¿Permitirá la acusación de prevaricación con

tra los que la pronunciaron? En caso afirmativo y probada la malicia del juez que la pronuncia, ¿deberán ser considerados como cómplices los que la confirmaron? Si esta sentencia se ejecutó y el reo la está cumpliendo y se declarase injusta ¿debería considerarse como anulada de hecho y de derecho y ser relevado de la pena el que la estuviese cumpliendo e indemnizado por el que tanto perjuicio le causó? Si la pena se hubiere cumplido, ¿deberá darse al perjudicado la debida satisfacción, o indemnizar a sus herederos del perjuicio que le causaron?". Tal como yo lo veo, estas cuestiones, trasladadas a la prevaricación administrativa, deben resolverse así: 1ª cuestión; los sucesivos recursos (administrativos o contencioso-administrativos) que rechazan la revocación de la injusta resolución impugnada, no impiden la apreciación de su injusticia por los Tribunales penales y, dándose los demás elementos típicos, la consiguiente estimación de delito de prevaricación; opinión judicial-penal que prevalecerá sobre la administrativa o judicial-contencioso-administrativa; la sentencia penal servirá para la anulación del acto en estas vías. Sin embargo, cuando de una prevaricación judicial se trate, teniendo en cuenta el art. 758 L.E.Cr., difícilmente se alcanzará una posterior sentencia penal condenatoria por prevaricación. 2ª cuestión; los órganos a los que se recurrió y confirmaron la resolución objeto de prevaricación, no son cómplices en el delito que cometió el sujeto que la dictó, sino, en su caso (obsérvese que pueden faltar los elementos subjetivos del tipo o la "manifiesta" injusticia de que habla el del parr. 2º del art. 358), autores de nuevas prevaricaciones, administrativas o judiciales, cada uno de ellos; 3ª cuestión; desde luego el acto-resolución motivo de la prevaricación, hayase o no ejecutado, debe anularse, pues, según el art. 47, 1 b, segundo inciso de la L.P.A., son "nulos de pleno derecho" los actos de la Administración que "sean constitutivos de delito"; los efectos de la nulidad son "ex tunc" y, por consiguiente, deben cesar las consecuencias de la ejecución del acto; indemnización existirá tanto por vía de "responsabilidad civil" incluible en el juicio penal (V. S.T.S. de 30-XII-1972), como por la derivada de los arts. 40 y sgs. de la L.R.J.A.E.; en idéntico sentido debe contestarse la 4ª cuestión; Previamente, SELVA plantea otro interrogante (ob. cit., pg. 157): Interpuesto recurso "cuando una sentencia se revoca como injusta, pues de otra manera no se revocaría, ¿podrá ser considerado desde luego como prevaricador el juez que la pronunció?". En mi opinión, tanto para este supuesto, como para el paralelo que puede trazarse para la prevaricación del art. 358 C.p., hay que contestar negati-

vamente: aparte de ser preciso el procesamiento y juicio penal, el fallo en este no puede ser automático sobre el único dato de la revocación por el órgano superior de la resolución recurrida, es menester que concurran todos los elementos del tipo: destacadamente en el supuesto que se propone nada se dice de los subjetivos, a más de que la injusticia tiene que ser la típica y, por otra parte, ha de darse la afectación a los bienes jurídicos correspondientes en la forma y medida que tales tipos requieren.

- (8) Para quien el hecho de que la resolución sea recurrible, no es obstáculo para estimar prevaricación sobre la misma: "La prevaricación..." cit., pg. 228.
- (9) "El nuevo Código Penal..." cit., T. II, pgs. 306-307: reproduce la opinión antes transcrita de GROIZARD.
- (10) Federico PUIG PEÑA, "Derecho Penal", Tomo III: "Parte Especial", 6ª ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, pg. 413: reproduce igualmente la citada opinión de GROIZARD.
- (11) Así, S.T.S. de 16-II-1880: "...sin dar lugar a que la instrucción patentizase si tales hechos eran meros actos administrativos revocables, o verdaderas providencias o resoluciones que causasen estado...".

En segundo lugar, aparece claro para la doctrina penal que el contenido de la resolución tiene que ser decisorio: sólo las decisiones, declaraciones de voluntad, son resoluciones del art. 358. 358 C.p. Así lo estiman JASO (12), QUINTANO (13), PUIG PEÑA (14) y RODRIGUEZ DEVESA (15).

El T.S., por su parte, acogiendo literalmente la opinión de JASO, ha sentado en la Sent. de 30-V-1973 que, a los efectos del art. 358 C.p., el contenido de la "resolución" a que esta norma alude ha de ser una decisión; rechazando que los actos administrativos de "mero carácter informativo" (como el "acta de valoración fiscal y tributaria" a que dicha Sentencia se refiere en concreto) puedan hacerse equivalentes a dicho elemento típico, y, en consecuencia, declarando inexistente el delito de prevaricación, "por ausencia de tipicidad", cuando el acto administrativo no posea dicho contenido decisorio (16).

-
- (12) Tomás JASO ROLDAN, "Derecho Penal", Tomo II: Parte Especial" por J. A. Rodríguez Muñoz, T. Jaso Roldán y J. M. Rodríguez Devesa, Madrid, 1949, pg. 197: "Conforme a su sentido gramatical resolver es tomar una determinación fija y decisiva; por tanto únicamente los órganos de decisión pueden cometer este delito".
 - (13) Antonio QUINTANO RIPOLLES, "Compendio de Derecho Penal", Tomo II: "Parte Especial", Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, pg. 162: el concepto de prevaricación está referido a faltar a los deberes "específicos implicando una decisión"; lo mismo en "Curso de Derecho Penal", vol. 2, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, pg. 557.
 - (14) "Parte Especial" cit., pg. 406: rechaza las simples propuestas.
 - (15) "Derecho Penal Español. Parte Especial", 7ª ed., Madrid, 1977, pg. 1004: "Sujeto activo no pueden ser más que los órganos decisorios de la Administración".
 - (16) La necesidad de que recaiga una "resolución" de contenido decisorio, puede apreciarse en la S.T.S. de

Teniendo presentes estas dos ideas, es necesario, sin embargo, un más detenido análisis, sobre la doctrina y legislación administrativas, del contenido y alcance del término "resolución" usado por el art. 358 C.p., que permita verificar la corrección o incorrección de las mismas y dote de mayor riqueza y sentido dichos contenidos y alcance.

-
- (16) 25-I-1900, en la que se desestima, precisamente por ausencia de ese tipo de resolución, la existencia de prevaricación en los variadísimos e irregulares (entiende el T.S. que deben ser objeto de corrección gubernativa) actos de los miembros de un Ayuntamiento.

II. LA "RESOLUCION" EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. ESTUDIO ESPECIFICO DEL CONCEPTO Y CARACTERES DE LA "RESOLUCION" EN LA LEGISLACION PROCESAL-ADMINISTRATIVA.

1. Delimitaciones previas.

A) La "resolución" como acto administrativo.

Para llevar a cabo la tarea acabada de anunciar, hay que hacer, en principio, una primera delimitación: que la "resolución" pertenece a la categoría de los llamados "actos administrativos".

Esta afirmación, impone aclarar la tendencia que sigo en la concepción del "acto administrativo".

Esta es la que contrapone dicha categoría a la de "norma" o "disposición general". Con arreglo a determinados sectores doctrinales (17), cuando se habla de acto administrativo se alude al "acto administrativo concreto", esto es, acto administrativo de carácter no normativo o "reglamento"; ya que dicho sector entiende que el reglamento es un acto administrativo y que la cate-

(17) V., p. ej., Fernando GARRIDO FALLA, "Tratado de Derecho Administrativo" 6ª ed., vol. I ("Parte General"), Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1973, pgs. 421-422 y Rafael ENTRENA CUESTA, "Curso de Derecho Administrativo", 5ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 1976, pgs. 90-91 y 485 y 487.

ría general de "acto administrativo" se desglosa en los "generales-reglamentos y los concretos -todos los demás-" (18); en cambio, la postura dominante (19) considera "actos de la Administración a las disposiciones generales administrativas, pero no actos administrativos" (20), esto es, que aquí la contraposición es acto-norma (21). Esta última es, a mi entender, la postura más convincente.

-
- (18) ENTRENA, "Curso..." cit., pg. 91, Crf. GARRIDO, "Tratado..." vol I cit., pg. 421.
- (19) V., pg. ej., Eduardo GARCIA DE ENTERRIA, "Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición", en R.A.P. n° 29, mayo-agosto 1959, pg. 161; Lorenzo MARTIN RETORTILLO, "Actos administrativos generales y reglamentos. Sobre la naturaleza de la convocatoria de oposiciones", en R.A.P. n° 40, enero-abril 1963, pgs. 225 y sgs.; Jesús LEGUINA VILLA, "Legitimación, actos generales y reglamentos. El valor normativo de las disposiciones organizatorias", en R.A.P. n° 49, enero-abril, 1966, pgs. 193 y sgs.
- (20) José María BOQUERA OLIVER, "La publicación de disposiciones generales", en R.A.P. n° 31, enero-abril, 1960, pg. 60, n. 9.
- (21) V. José Luis VILLAR PALASI, "Derecho Administrativo", T. I: "Introducción y Teoría de las normas", Madrid, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 1968, pgs. 418 y sgs.

B) Ambito de investigación: la legislación sobre procedimiento administrativo.

Para proseguir en la acotación del campo de investigación, resulta necesario ahora partir de una precisión legal: la contenida en la Ley Orgánica del Estado (L.O.E.) en su art. 42,I: "Las resoluciones y acuerdos que dicte la Administración lo serán con arreglo a las normas que regulan el procedimiento administrativo" (22). Norma que tiene su expresión no constitucional en diversas leyes administrativas: así, el art. 31 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (L.R.J.A.E.) y, a tenor de este y del citado de la L.O.E., el 1º de la Ley de Procedimiento Administrativo (L.P.A.).

En consecuencia del precepto de la L.O.E. reproducido, habrá de ser en las leyes de procedimiento administrativo donde, fundamentalmente, realice la indagación.

Dentro del procedimiento administrativo, la normativa más importante es la contenida en la L.P.A.; pero no es la única. En efecto:

El problema que surge al tratar de determinar el panorama de la legislación pro-

(22) Según el art. 97 del Anteproyecto de Constitución: "La ley regulará... c) El procedimiento a través del cual los actos administrativos deben producirse.

procesal-administrativa, viene en realidad a coincidir con el que plantea la concreción del ámbito de aplicación de la L.P.A., la solución a este último, proporciona el conjunto de leyes que se trata de hallar (23).

A partir de la consideración del único artículo del Título Preliminar de la L.P.A. ("Ámbito de aplicación de la Ley"), se pueden hacer las siguientes afirmaciones (24):

-
- (23) Parece oportuno indicar que la existencia misma del aludido problema es lamentable, pues "como ya se ha puesto de relieve por diversos autores, la L.P.A., que tantos elogios merece por muchos conceptos, ofrece un grave motivo de crítica por haber instalado en su umbral una especie de esfinge que responde sólo en forma sibilina a la primordial pregunta que a toda ley se formula: ¿cuál es su ámbito de aplicación?" (Manuel ARIAS SENOSEAIN, "Apuntes de Derecho Administrativo (Conflictos, Procedimiento y Recursos)", Universidad de Madrid, Facultad de Derecho-Sección de Publicaciones, 1969, pg. 53).
- (24) Dicho art. 1º L.P.A., dice: "1. La Administración del Estado ajustará su actuación a las prescripciones de esta Ley. 2. Las normas contenidas en los títulos IV y VI, salvo el capítulo I de este, y en el capítulo II del título I, sólo serán aplicables en defecto de otras especiales que continúen en vigor, de acuerdo con lo preceptuado en la disposición final primera, número tres. 3. El silencio administrativo y el ejercicio del derecho de recurso en vía administrativa que estuviere reconocido en disposiciones especiales, se ajustarán, en todo caso, a lo dispuesto en los artículos noventa y cuatro y noventa y cinco y en el título V de esta Ley, respectivamente. 4. Esta Ley será supletoria de las normas que regulan el procedimiento administrativo de las Corporaciones Locales y de los Organismos autónomos".

- 1ª. Que, en función de su párrafo primero, se establece que la L.P.A. "se aplica por regla general a toda la Administración del Estado por vía directa" y que, según el párrafo cuarto, "por vía indirecta o subsidiaria se aplica a las Corporaciones locales y a los Organismos autónomos" (25)

Ahora bien, si el término "Administración del Estado" del párr. 1º excluye del efecto del mismo tanto a la Administración Local, cuanto a la Institucional, lo que, en cambio, no resulta tan claro es si la Administración Militar (perteneciente a la del Estado, al lado de la civil) está bajo el efecto directo de la L.P.A., o bien ésta sólo se aplica directamente a la Administración Civil del Estado (26).

-
- (25) GARCIA DE ENTERRIA (Cátedra del Profesor), "Apuntes de Derecho Administrativo 1ª", T.II, Madrid, Facultad de Derecho, 1973, pg. 163.
- (26) V. Manuel-Francisco CLAVERO AREVALO, "Ambito de aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo", en R.A.P. nº 29, mayo-agosto 1959, pgs. 311-328 y, especialmente, Luis Fernández CRESPO MONTES, "La Ley de Procedimiento Administrativo y su aplicación en la administración militar", en D.A. nº 51, marzo de 1962, pgs. 13-21, en la que este último autor se pronuncia a favor de la aplicación tanto a la una como a la otra.

La respuesta más lógica parece que tiene que ser que la L.P.A. se aplica a la Administración del Estado en su totalidad, sin excepción respecto a la militar. Sin embargo, esta última presenta tan peculiares características, que impone algunas matizaciones a esta conclusión. Matizaciones que pueden resumirse diciendo que "habrá que distinguir con precisión los conceptos de acción militar -en los que lógicamente no tendrá aplicación la L.P.A.- y de actuación administrativa de los ministerios militares, en los que no hay razón alguna para que no se aplique directamente la mencionada Ley" (27).

A esta opinión se llega necesariamente a través de la Disposición final Segunda de la propia L.P.A., que, implícitamente (28), viene a decir que la ley en cuestión, retocada en los puntos precisados de adaptación, se aplica a la actuación de la Administración militar (29).

(27) ARIAS, "Apuntes..." cit., pgs. 54-55.

(28) Al señalar que: "Se faculta a la Presidencia del Gobierno para dictar cuantas disposiciones complementarias fueran precisas, singularmente para adaptar los preceptos de la presente Ley al peculiar carácter y estructura de los Ministerios del Ejército, Marina y Aire, a propuesta de los mismos".

(29) Por D. 1408/1966, de 2 de junio, se adaptó la L.P.A. a los Departamentos militares (entonces, Ministerios del Ejército, Marina y Aire).

En cuanto al párr. 4° del citado art. 1 L.P.A., hay que ponerlo en relación con la Disposición final Cuarta del propio texto legal (30). De donde se concluye que la L.P.A. será de aplicación supletoria respecto de las normas procedimentales referentes a Corporaciones locales y a Organismos autónomos, con la excepción de lo concerniente a silencio administrativo y recursos, puesto que, conforme al párr. 3° del mismo art. 1, que examinaré en breve, las normas que sobre estas últimas materias contiene la L.P.A., serán de aplicación directa incluso para los ámbitos local e institucional (31).

(30) Que dice: "Se faculta al Gobierno para revisar las disposiciones de procedimiento contenidas en la legislación de Régimen Local, ajustando sus normas a las prescripciones de la presente Ley, sin perjuicio de las especialidades que exija el procedimiento de las Corporaciones locales. En el plazo de un año los Organismos autónomos elevarán al Gobierno una propuesta de adaptación de sus normas de procedimiento a la presente Ley".

(31) V. José Luis GONZALEZ-BERENGUER URRUTIA, "La Ley de Procedimiento administrativo y su aplicación a las Corporaciones Locales", en D.A. n° 14, febrero de 1959, pgs. 29-38; mismo autor, "La reforma de la legislación local a la luz de la Ley de Procedimiento", en R.E.V.L. n° 118, julio-agosto de 1961, pgs. 486-499; CLAVERO, "Ambito de aplicación..." cit.

Respecto al primero de estos ámbitos, el procedimiento administrativo se contiene, todavía hoy (pese a la nunca articulada Ley de Bases del Estatuto de Régimen local), en la Ley de Régimen Local (L.R.L.), en el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales (D. de 17-V-1952), especialmente en su Tít. IV, arts. 257 y sgs., y en los reglamentos de procedimiento administrativo que, en virtud del art. 258 del Reglamento antes citado, pueden dictar los distintos entes locales. La evidente, e inminente, profunda transformación de todo lo relacionado con el "Régimen Local", exime de cualquier posterior estudio pormenorizado de las citadas normas.

En cuanto a los Organismos autónomos, hay que estar a la Ley de Entidades Estales Autónomas (L.E.E.A.) de 26-XII-1958, si los Organismos son del Estado (32); "para los organismos autónomos dependientes de la Administración local no existen normas específicas sobre procedimientos, por lo que habrá que estar a sus respectivos reglamentos y, supletoriamente, a la legislación local, en primer grado, y, en última instancia, a la L.P.A. (artículos 86,2 y 87 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales)" (33); "tampoco hay normas generales,

(32) Ley que "ha hecho prácticamente una aplicación general de la L.P.A." (GARCIA DE ENTERRIA, "Apuntes ..." T. II cit., pg. 164.

(33) ENTRENA, "Curso..." cit., pg. 549.

como en tantos otros puntos, acerca de la Administración corporativa; habrá que tomar en consideración, en cada caso, los estatutos generales del tipo de corporaciones de que se trate; los particulares de cada corporación en concreto; los reglamentos de régimen interior, también de cada corporación; y, por analógica, la L.P.A." (34).

- 2ª. El párr. 2º del mencionado art. 1 L.P.A., se refiere a una serie de normas de la propia ley que sólo serán aplicables en defecto de otras especiales que continúen en vigor. Dichas normas supletorias son: las del Tít. IV, "Procedimiento"; Tít. VI, "Procedimientos especiales" (excepto su Cap. primero, "Procedimientos para la elaboración de disposiciones de carácter general"); y las del Cap. II del Tít. I, "Organos colegiados".

Este párr. del art. 1, hay que relacionarlo con la Disposición final Primera, apartado 3 (35). En cumplimiento del pri-

(34) ENTRENA, "Curso..." cit., pg. 549.

(35) Que dice: "A efectos de lo establecido en el número dos del artículo primero, el Gobierno señalará, en el plazo de tres meses a partir de la presente Ley, cuáles son los procedimientos especiales que por razón de su materia continuarán vigentes. Las normas reglamentarias de procedimiento se adaptarán por los Ministerios interesados, en el plazo de un año, a las directrices de la presente Ley".

mer inciso de este apartado, se dictó el D. de 10-X-1958, que "contiene veintisiete apartados, no veintisiete procedimientos es peciales, ya que éstos son muchos más" (36). Pues bien, respecto a los procedimientos es peciales la L.P.A. es supletoria en cuanto a las materias de que habla el citado párr. 2º, art. 1, del propio texto legal, más arriba especificados; en todas las demás se aplicará por vía directa la L.P.A., incluso por encima de posibles normas especiales que hubiera en tales procedimientos. Igual mente, regirán en primer lugar las normas complementarias de la L.P.A.

Sin embargo, por encima de la pretensión del D. de 10-X-1958 (37), hay procedimien-

(36) ARIAS, "Apuntes...", pg. 56. Según GARCIA DE ENTE RRIA, "el Decreto de 10 de Octubre de 1958 contiene hasta veintitantos procedimientos especiales" (Apuntes..., T. II cit., pg. 165); según ARIAS (refiriéndose a Martínez Useros), "no deja de resultar una declaración de tipo efectista la afirmación corriente de que antes de la L.P.A. había más de quinientos procedimientos, y después sólo veintisiete" ("Apuntes...", cit., pg. 56).

(37) En su E. de M.: "Al dar cumplimiento a este imperativo de la Ley" de Procedimiento Administrativo, impuesto en su art. 1º, párr. 2º. También en el art. 1º del D.: "Se consideran procedimientos administrativos especiales, a los efectos de lo dispuesto en el artículo primero de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, los siguientes:...".

tos especiales que, pese a no figurar en dicho D., continúan vigentes. Ello es debido al contenido de la Disposición final Primera, párrs. primero y segundo, y al de la Disposición final Tercera, ambas de la L.P.A.

En efecto. El primero de estos preceptos (38), equivale en su último inciso a una derogación tácita que, a contrario, significa que las disposiciones que, tratando sobre procedimiento administrativo, no se opongan a la L.P.A. quedan en vigor, no son reemplazadas por esta.

El párr. segundo de la propia disposición final Primera L.P.A., comenta por sí mismo (39) que la codificación del procedimiento administrativo que se perseguía con la L.P.A. (40), no ha supuesto la unificación de normas referidas a éste.

(38) Disp. final primera, párr. primero: "Se derogan: ..., y cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la presente Ley".

(39) Disp. final primera, párr. 2º: "Quedan en vigor, para los supuestos a que hacen referencia, las especialidades que, en relación con las reclamaciones en vía administrativa previa a la judicial, establecen los artículos; sexto de la Ley del Tribunal de Cuentas, de tres de diciembre de mil novecientos cincuenta y tres; doscientos veintinueve y doscientos treinta del Estatuto de Recaudación de veintinueve de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho; once, doce y catorce de la Ley de Montes, de ocho de junio de mil novecientos cincuenta y siete, y el Decreto-Ley de nueve de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho sobre determinadas relaciones laborales".

(40) E. de M., I, párr. 3º.

En cuanto a la disposición final Tercera L.P.A., antes aludida (41), hay que decir que el Reglamento de Procedimiento para las Reclamaciones Económico-Administrativas, fue aprobado por el D. 2083/1959 de 26 de noviembre (42); Reglamento que se aplicará atendiendo a la normativa de la Ley General Tributaria (arts. 163-171).

3°. El párr. 3° del art. 1° L.P.A., hay que interpretarlo, esencialmente, a la luz de los términos que contiene cuando dice "en todo caso", esto es, que siempre se aplicará la L.P.A., preferentemente a cualquier otra normativa, cuando se trate de materias referentes a silencio administrativo y a re cursos.

Esto, teóricamente fácil, no deja de representar serias dificultades en la práctica (43). Además, hay que tener en cuenta

(41) Disp. final tercera: "Por la Presidencia del Gobierno y el Ministerio de Hacienda, se redactará y propondrá a la aprobación del Consejo de Ministros, en el plazo de un año, un nuevo Reglamento de las reclamaciones económico-administrativas, ajustado a las prescripciones de la presente Ley, sin perjuicio de las especialidades que exija la peculiaridad de esta materia. En tanto no se dicte el aludido Reglamento, regirá el vigente de veintinueve de julio de mil novecientos veinticuatro y sus disposiciones complementarias".

(42) Modificado por el de 7 de noviembre de 1963.

(43) V. José María BOQUERA OLIVER, "Algunas dificultades de la actual regulación del silencio administrativo", en R.A.P. n° 30, septiembre-diciembre de 1959, pgs. 85-102; Aurelio GUAITA, "Lo que no se ha revisado de la Ley de Procedimiento Administrativo", en D.A. n° 75, marzo 1964, pgs. 9-20; Francisco GONZALEZ NAVARRO, "El procedimiento sancionador del Código de la circulación", en R.A.P., n° 43, enero-abril 1964, pgs. 403-419.

los siguientes preceptos; respecto al recurso de reposición, los arts. 52 a 54 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (L.J.C.A.), "ya que al ser el recurso de reposición previo al contencioso-administrativo, se reguló en la Ley de esta jurisdicción; la L.P.A. se limitó a dar unas normas complementarias" (44).

Recapitulamos: En las páginas anteriores he tratado de determinar cuáles sean las leyes administrativas en las que hay que indagar el concepto de "resolución". Por tales he entendido las que regulan el procedimiento administrativo. Cuáles son en concreto, se ha obtenido al delimitar el ámbito de aplicación del principal conjunto homogéneo de normas procedimental-administrativas: la L.P.A. De dicha tarea se extrae la siguiente enumeración:

- 1.- La L.P.A. y sus normas complementarias.
- 2.- D. de 2-VI-1966, de adaptación de la L.P.A. a los Departamentos militares.
- 3.- La L.R.L.
- 4.- El D. de 17-V-1952, Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales.
- 5.- Reglamentos de procedimiento administrativo que, en virtud del art. 258 del D. últimamente citado, hayan dictado los diversos entes locales.
- 6.- La L.E.E.A.

(44) Jesús GONZALEZ PEREZ, "El Procedimiento Administrativo", Madrid, Publicaciones Abella-El consultor de los Ayuntamientos, 1964, pg. 95.

- 7.- Reglamentos de los Organismos autónomos dependientes de la Administración local.
- 8.- Estatutos generales y particulares y reglamentos de régimen interior de las corporaciones.
- 9.- Normas que regulan los procedimientos especiales declarados en vigor por el D. de 10-X-1958.
- 10.- Disposiciones que, tratando de procedimiento administrativo, no se opongan a la L.P.A., dictadas con anterioridad a ésta.
- 11.- Art. 6 de la Ley del Tribunal de Cuentas de 3-XII-1953; arts. 229-230 del Estatuto de Recaudación de 29-XII-1948; arts. 11, 12 y 14 de la Ley de Montes de 8-VI-1957; y D.L. de 9-V-1958, sobre determinadas declaraciones laborales.
- 12.- D. de 26-XI-1959, Reglamento de Procedimiento para las Reclamaciones Económico-Administrativas.
- 13.- La L.J.C.A.

Esta lista de textos legales, debe completarse, por el íntimo y esencial contacto que guarda con muchos de ellos, aparte su intrínseca importancia, con la L.R.J.A.E. (45).

(45) No se han considerado, por la situación hoy cambiante que, particularmente, las atañe, las normativas referentes al orden público y a los tributos.

La magnitud de la enumeración, muestra la imposibi-
lidad de un análisis detenido de cada una de las colec-
ciones de normas citadas. Por ello, me limitaré a las
más importantes y representativas de cada uno de los
campos administrativos aludidos (46). Esto es: L.P.A.;
D. 2-VI-1966; L.R.J.A.E.; L.E.E.A.; y L.J.C.A.

(46) Excluida, conforme a lo antes indicado, la L.R.L.

2. La resolución en la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958.

De entre las cinco normativas acabadas de determinar, iniciaré la investigación de lo que la "resolución" puede significar en el terreno de la legislación administrativa, por la Ley de Procedimiento administrativo de 17-VII-1958 (revisada por L. de 2-XII-1963). Los motivos de esta prioridad son obvios, a la vista de lo que llevo expuesto.

En esta ley, se habla de resolución o de resolver en los lugares siguientes: E. de M., IV y V; arts. 5; 6; 8, 2, 4 y 5; 16; 17; 19, 2; 20, 1 y 2; 21, 4 y 5; 23, c; 38; 39, 1, 2, 3 y 4; 41, 2; 43, b; 58, 2; 61, 1 y 2; 70, 1; 72, 1; 77, 1, 3 y 5; 79, 1 y 2; 81, 1 y 2; 83; 84; y 91, 1 y 3; en las Secciones 1ª y 2ª del Cap. IV del Tit. IV (arts. 92 a 95, ambos incluidos); en los arts. 100, 2; 113, 1; 116; 117, 1 y 2; 118; 119; 120, 2; 121; 122, 1 y 2; 124; 125, 1 y 2; 126, 1 y 3; 127, Primera, Tercera y Cuarta; 128, 1; 137, 1 y 2; 138; 140, 2; 141, 1; 142; y 145, 2 y 3.

A) El concepto de "resolución" de las Seccs. 1ª y 2ª del Cap. IV del Tít. IV y del art. 113 ("concepto convencional").

En principio, se puede partir del concepto de resolución que suministran las Seccs. 1ª y 2ª del Cap. IV del Tít. IV, más el art. 113. Concepto que, por el acuerdo que existe entre la doctrina administrativista en considerarlo el propio de "resolución", puede denominarse "concepto convencional".

Conforme a él, la resolución es una de las formas que, junto al desistimiento, la renuncia al derecho en que se funde la instancia y la declaración de caducidad, ponen fin al procedimiento (argumento ex art. 92), decidiendo el fondo (argumento ex art. 93, 1), al parecer con forma escrita (argumento ex art. 93, 2 y 3), que parece ser que se presume en los casos de silencio administrativo (argumento ex arts. 94 y 95) y que abre la vía de recurso (argumento ex art. 113, 1). Sustancialmente, es aquél acto administrativo que culmina la sucesión de actos de que se compone un acto-procedimiento.

Sin embargo, en mi opinión, este concepto, no lo mantiene unívocamente la L.P.A. en todo su texto.

Para verificar esta afirmación, confrontaré en lo que sigue las características definitorias que se pueden inferir de los arts. 92 a 95 y 113, con el reconocimiento de otras distintas que la L.P.A. realiza en otros lugares de su texto.

B) Las correcciones al "concepto convencional", en la propia L.P.A.

1ª En cuanto a la forma.

- a) Según antes se ha dicho, la resolución puede ser tanto expresa, como presunta. Que sea en forma expresa, es la norma; que sea presunta, es posible, conforme

después trataré de demostrar, por el tenor de los arts. 94 y 95 (silencio administrativo) (47).

-
- (47) Art. 94: "1. Cuando se formulare alguna petición ante la Administración y ésta no notificase su decisión en el plazo de tres meses, el interesado podrá denunciar la mora y, transcurridos tres meses desde la denuncia, podrá considerar desistida su petición al efecto de deducir frente a esta denegación presunta el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional, según proceda, o esperar la resolución expresa de su petición. 2. Igual facultad de opción asistirá, sin necesidad de denunciar la mora, el interesado que hubiere interpuesto cualquier recurso administrativo, entendiéndose entonces producida su desestimación presunta por el mero transcurso del plazo fijado para resolverlo. 3. En uno y otro caso la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa. Contra el incumplimiento de este deber podrá deducirse reclamación en queja, que servirá también de recordatorio previo de responsabilidad personal, si hubiere lugar a ella, de la autoridad o funcionario negligente".

Art. 95: "El silencio se entenderá positivo sin denuncia de mora, cuando así se establezca por disposición expresa o cuando se trata de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores. Si las disposiciones legales no previeran para el silencio positivo un plazo especial, este será de tres meses a contar desde la petición".

La afirmación del texto es, en parte, contraria a la mejor doctrina administrativista, que si, ciertamente, ve una resolución en el efecto del silencio positivo, niega incluso el carácter de acto administrativo al del silencio negativo (V., por todos, Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, "Curso de Derecho Administrativo" T.I, por Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández Rodríguez, Madrid, Ediciones Civitas, 1974, pgs. 419 y 414, respectivamente).

Por otra parte, es ya lugar común entre la literatura administrativista, la admisión de actos tanto escritos, cuanto orales, como mímicos (48), pues a todos ellos alude el art. 14,1 de la L.P.A. Ello plantea el problema de cuál de estas formas, o si todas y cada una de ellas, pueden revestir las resoluciones.

Si por resolución se entiende lo que las citadas Secciones de la L.P.A. parecen patrocinar, hay que concluir que la forma debe ser la escrita. Ya que el art. 93 (nº 1: "expediente", nº 2: "motivada", nº 3: "texto", nº 4: "se hará constar"), no permite otra deducción conforme a la regla contenida en el art. 41,1 L.P.A. (49). Siendo, en todo caso, dicha forma la obligatoria cuando la resolución sea motivada (argumento ex art. 41,3, referido al 43, ambos de la L.P.A.).

Me referiré ahora al silencio administrativo (50), al que he aludido más arriba al seña-

-
- (48) V. especialmente para este punto, R.-R. FERNANDEZ RODRIGUEZ, "Las medidas de policía: su exteriorización e impugnación", en R.A.P. nº 61, Enero-Abril 1970, pgs.125-141.
- (49) Art. 41,1: "Los actos administrativos se producirán o consignarán por escrito cuando su naturaleza o circunstancias no exijan o permitan otra forma más adecuada de expresión o constancia".
- Aún consciente de la diferencia entre "forma escrita de producción" y "forma escrita de constancia" (GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." T. I cit., pg. 386).
- (50) La literatura sobre silencio administrativo es particularmente abundante. Así, p. ej., V.: M. BAENA DEL ALCAZAR, "Naturaleza jurídica del silencio de la Administración", en R.E.V.L. nº 121, Enero-Febrero 1962, pgs. 1-24; mismo autor, "Efecto afirmativo del silencio de la Administración", en R.E.V.L. nº 123, Mayo-Junio 1962, pgs. 321-341; J.A. BOLEA FORADADA, "El retraso de la Administración y el silencio administrativo", en R.A.P., nº 51, Mayo-Agosto 1966, pgs. 303-318; J. M. BOQUERA OLIVER,

- (50) ... "Algunas dificultades..." cit.; T.-R. FERNANDEZ RODRIGUEZ, "Silencio negativo, actos firmes y actos confirmatorios", en R.A.P. n° 53, mayo-agosto 1967, pgs. 277-302; E. GARCIA DE ENTERRIA, "Sobre silencio administrativo y recurso contencioso", en R.A.P. n° 47, mayo-agosto 1965, pgs. 207-227; F. GARRIDO FALLA, "La llamada doctrina del silencio administrativo", en R.A.P. n° 16, enero-abril 1955, pgs. 85-115; mismo autor, "El silencio administrativo en la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa", en R.E.V.L. n° 91, enero-febrero 1957, pgs. 51-65; J. GONZALEZ PEREZ, "El silencio administrativo en la nueva Ley de Procedimiento", en D.A. n° 8-9, agosto-septiembre 1958, pgs. 35-42; mismo autor, "El silencio administrativo y los interesados que no incoaron el procedimiento administrativo", en R.A.P. n° 68, mayo-agosto 1972, pgs. 235-244; A. GONZALEZ RIVERO, "El silencio administrativo en el Derecho español", en R.E.V.L. n° 111, mayo-junio 1960, pgs. 329-381; R. GOMEZ FERRER, "Resoluciones tradías y conflictos de intereses privados", en R.A.P. n° 68, mayo-agosto 1972, pgs. 187-220; E. LINDE PANIAGUA, "Silencio negativo y posibilidad de recurrir con arreglo al artículo 58 de la LJCA", en R.A.P. n° 83, mayo-agosto 1977; F. LOPEZ RAMON, "Aprobación de planes de urbanismo por silencio administrativo (El cómputo del plazo)", en R.A.P. n° 82, enero-abril 1977, pgs. 177-210; L. LOPEZ RODO, "Necesidad de una nueva regulación del silencio administrativo en nuestro Derecho", en R.E.V.L. n° 89, septiembre-octubre 1956, pgs. 657-665; R. MARTIN MATEO, "Silencio positivo y actividad autorizante", en R.A.P. n° 48, mayo-agosto 1965, pgs. 205-239; E. MARTINEZ USEROS, "La teoría del silencio administrativo en el régimen jurídico municipal español", en R.E.V.L. n° 32, marzo-abril 1947, pgs. 165-189; A. NIETO GARCIA, "La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo", en R.A.P. n° 37, enero-abril 1962, pgs. 75-126; A. PEREZ HERNANDEZ, "El silencio administrativo en la Ley de 8-II-1944", en R.A.P. n° 2, pgs. 131-142; S. ROYO VILLANOVA, "El silencio positivo de la Administración y su interrupción en materia municipal", en R.E.V.L. n° 48, noviembre-diciembre 1949, pgs. 825-847; J. TRUJILLO PEÑA, "La desviación de poder en relación con el recurso de apelación y el silencio administrativo", en R.A.P. n° 35, mayo-agosto 1961, pgs. 153-165. Más bibliografía sobre la materia puede encontrarse en el "Boletín de Documentación Administrativa" de marzo-abril 1968.

lar que existe la posibilidad de que las resoluciones sean presuntas por el tenor de los arts. 94 y 95 L.P.A. Esta afirmación exige su demostración. Pues no en vano se ha dicho que "el silencio negativo es una ficción legal de efectos exclusivamente procesales... no es un verdadero acto administrativo de sentido desestimatorio, sino, precisamente, lo contrario, es decir la ausencia de toda actividad volitiva de la Administración, ante la cual no son admisibles procesos interpretativos destinados a averiguar el sentido de una voluntad que no existe" (51). Esto es, que la naturaleza jurídica del silencio administrativo se ha configurado como un "hecho" (52). Postura que se enfrenta a la de que "¿hasta qué punto es cierto?, ¿por qué se ha conceptuado la naturaleza jurídica del silencio como un "hecho" para significar precisamente que lo que falta en el silencio administrativo es una manifestación o declaración de voluntad? en nuestra opinión, lo que hace la Administración cuando adopta una posición de silencio an-

(51) T.-R. FERNANDEZ, "Curso..." T.I cit., pág. 414; el subrayado es mío. En la línea de lo ya afirmado por GARCIA DE ENTERRIA, en "Sobre el silencio..." cit., pg. 222, compartida con GARRIDO FALLA, "La llamada doctrina..." cit., pg. 88 y GONZALEZ PEREZ, "El procedimiento..." cit., pgs. 502 y 512, entre otros.

(52) Cfr. BAENA DEL ALCAZAR, "Naturaleza jurídica..." cit., pgs. 19-20.

te una pretensión a ella dirigida es la 'comisión, por omisión, de una infracción del ordenamiento jurídico', piénsese por vía de ejemplo, y con las debidas distancias, en la contraposición que en el campo del Derecho penal, se verifica entre los delitos 'omisivos' y 'comisivos' (por ejemplo, cuando el código penal castiga al funcionario que omite denunciar un delito teniendo el deber de hacerlo); por otro lado, en el silencio administrativo se contempla no ya una simple omisión, sino más bien un 'retraso', esto es, una 'omisión prolongada durante un cierto tiempo', toda vez que los efectos jurídicos de la omisión del deber de resolver no se producen hasta que ha pasado el plazo fijado por la Ley para realizarlo" (53). Habiéndose dicho también, más taxativamente, que "en un sentido riguroso sólo puede hablarse de silencio administrativo cuando el Ordenamiento jurídico, ante la falta, dentro del plazo para ello establecido, de un pronunciamiento que la Administración tiene el deber de efectuar, presume -automáticamente o previa denuncia de la mora- la existencia de un acto -generalmente negativo y excepcionalmente positivo- como medio para salvaguardar los derechos e intereses de quienes formulan las peticiones, reclamaciones o recursos no resueltos, o en aras de la celeridad y eficacia administrativa... en el supuesto del silencio administrativo, el Ordenamiento jurídico presume la existencia de un acto; nos encontramos pues: 1°. Ante un verdadero acto admi-

(53) ARIAS, "Apuntes..." cit., pg. 95.

nistrativo, que posee 'la misma trascendencia ju
rídica... que los actos expesos mediante los
 que normalmente se pronuncia la Administración'
 (5. 2-XII-1959); 2°. Pero acto presunto; por lo
 que, a diferencia de los actos tácitos, está ce-
 rrada la puerta a toda labor hermeneútica acerca
 del valor que quepa atribuir a la conducta de la
 Administración; dicho valor será siempre el que
 disponga el Derecho positivo" (54).

Pero es que, por otro lado y dentro de la
 primera de las dos tencias cabadas de resaltar,
 se afirma que "el silencio positivo de la Admi-
 nistración tiene un sentido y una función radi-
 calmente diferentes (que el negativo); de acuer-
 do con ello, su configuración técnica, su ámbito
 de aplicación y su régimen jurídico también son
 distintos; en su versión positiva o estimatoria
 el silencio de la Administración no tiene nada
 que ver con la finalidad de facilitar las exigen-
 cias principales que derivan de la configuración
 impugnatoria del recurso contencioso-administra-
 tivo; es simplemente una técnica material de in-
 tervención policial o de tutela, que viene a ha-
 cer más suave la exigencia de obtener para una
 determinada actividad una autorización o aproba-
 ción administrativa; en rigor, el silencio posi-
 tivo sustituye esta técnica de la autorización o
 aprobación por la de un veto susceptible de ejer-
 citarse durante un plazo limitado, pasado el
 cual lo pedido por el requirente se entiende

(54) ENTRENA, "Curso..." cit., pgs. 516-517; el primer
 subrayado es mío, el resto en el original.

otorgado; puede decirse por tanto, del silencio positivo que es un verdadero acto administrativo, equivalente a esa autorización o aprobación a las que sustituye; así lo viene entendiendo la jurisprudencia, según la cual no cabe aceptar el principio... que la Administración resuelva de forma expresa de modo contrario al otorgamiento positivo que se ha producido en favor del particular por el transcurso del plazo de silencio" (55).

-
- (55) T.-R. FERNANDEZ, "Curso..." T. I cit., pgs. 418-419; el subrayado es mío. En el mismo sentido, la doctrina dominante: V., por todos, BAENA DEL ALCAZAR, "Efecto afirmativo..." cit., pg. 340. Al margen queda la crítica que pueda hacerse a la solución legal del silencio positivo entendida en cuanto productora de un acto administrativo, en el sentido de que "el otorgamiento del significado de 'un verdadero acto administrativo' al silencio positivo podrá servir indudablemente a la necesidad o, mejor dicho, conveniencia del interesado singular, pero no a las necesidades sociales; dicho automatismo interpretativo podría producir una total indefensión para terceros afectados (basta pensar en la multitud de procedimientos administrativos contradictorios)", dado que se mantiene "el que no pueda la Administración dictar resolución tardía contraria al otorgamiento positivo que se ha producido en favor del particular por el transcurso del plazo del silencio"... (ARIAS, "Apuntes..." cit., pgs. 103 y 105; sobre resolución tardía y, especialmente, en referencia al último punto que se acaba de aludir, V. la postura de GARCIA DE ENTERRIA, en "Sobre silencio..." cit., pgs. 224 y sgs.). Crítica frente a la que se da la solución de que "se admita el principio de la irrevocabilidad de la autorización o aprobación ganada por silencio positivo, pero con la importante salvedad de que el silencio no cubre en ningún caso los supuestos merecedores de la calificación de nulidad de pleno derecho" (T.-R. FERNANDEZ, "Curso..." T. I cit., pg. 423).

Así las cosas, en lo que para el presente trabajo interesa la cuestión se circunscribe al silencio negativo, dado que para el positivo comunmente se admite por ambas corrientes de pensamiento que emana un acto administrativo, que si bien no puede llamarse resolución, entendida esta como la conciben las Seccs. 1ª y 2ª del Cap. IV del Tit. IV de la L.P.A., porque de las notas que dichas secciones exigen para la resolución falta de poner fin al proceso y porque, formalmente, no está incluido en el art. 92 entre los modos de terminar el procedimiento, puede, no obstante, considerarse equiparado a resolución (56), por cuanto: 1º. Resuelve el fondo del asunto (exigencia del art. 96, 1). 2º. Abre la vía de recurso (exigencia del art. 113, 1). 3º. De facto pone fin al procedimiento principal (exigencia del art. 92), cuando menos en los casos no "merecedores de la calificación de nulidad de pleno derecho" de aceptarse la solución propuesta por el autor últimamente citado. Y 4º. Se encuentra regulado en la Secc. 2ª del Cap. IV del Tit. IV, al amparo de la rúbrica genérica "Resolución".

(56) "... los efectos del silencio positivo son muy importantes y, al propio tiempo, muy peligrosos para la Administración, en la medida en que, si no actúa con la debida diligencia, queda vinculada en términos muy estrictos de la misma manera que si hubiese dictado una resolución favorable" (T.-R. FERNANDEZ, "Curso..." T. I cit., pg. 419; el subrayado es mío).

Centrando, pues, la atención en el silencio negativo, ¿qué notas concurren en este hipotético "acto presunto" (57) que emana de él, que lo aproximen al "concepto convencional" de resolución?

A mi entender, las siguientes:

Primera: Como conclusión de las opiniones expuestas al tratar de su naturaleza jurídica, se puede hablar de que existe una duda importante en torno a si se está o no en presencia de un acto administrativo, e "in dubio libertas". Más, aún aceptando la opinión negativa, se tiene que admitir, cuando menos, que hay una equi-paración legal al acto expreso (58).

Segunda: No está preordenado a una resolución futura que sería la que resolvería el expediente, sino que, independientemente, por el momento, de cual sea el contenido de una futura resolución expresa, manifiesta (por presunción legal) la voluntad (negativa) de la Administración respecto a aquél, esto es, no se está ante un mero "acto presunto de trámite". Es decir,

(57) Expresión esta que, en opinión de quienes la rechazan, "es casi una petición de principio (ya que) no se trata de verdaderos actos sino de presunciones legales" (GARCIA DE ENTERRIA, "Apuntes..." T. II cit., pg. 236).

(58) "Sustituye, pues, al acto expreso, pero sólo a estos concretos fines y en beneficio del particular" (T.-R. FERNANDEZ, "Curso..." T. I cit., pg. 414; el primer subrayado es mío, el segundo en el original).

resuelve el fondo (exigencia del art. 93, 1), por lo menos hasta que recaiga la obligada resolución expresa exigida por el art. 94,3 (59).

-
- (59) Se plantea aquí abiertamente el problema de las llamadas "resoluciones tardías", el cual, en conexión con lo que más adelante se dirá sobre la posible resolución emanada del silencio, enfrenta con la opción que la regulación del silencio negativo concede al particular.

Este, ante la conducta silente de la Administración, puede: bien impugnar la denegación, presunta, de su petición, o bien seguir esperando a que la Administración resuelva en vía de petición.

En el primer caso, el hecho de que, después de que el particular haya recurrido, dicte resolución expresa el órgano en principio obligado a hacerlo, puede plantear dos situaciones:

- a) Que la resolución expresa recaiga antes de que el órgano concedor del recurso interpuesto contra la denegación presunta, resuelva este. En cuyo caso, si se acepta la tesis de que el primer órgano ha perdido su competencia, por causa de haberse enviado el expediente al órgano concedor del recurso, hay que concluir que la "resolución tardía" es ineficaz por estar dictada por un órgano incompetente. De no aceptarse la tesis de la pérdida de competencia, la "resolución tardía" produciría un doble efecto: por un lado, resolver la petición; por otro, invalidar el recurso planteado y todavía no resuelto (por que ahora será la "resolución tardía" la que, caso de incomformidad, habrá de recurrirse. Mas, aún no aceptando la tesis de la incompetencia, para nada se afecta a la posible responsabilidad por retraso en resolver; retraso que si se admite la incompetencia, no sería tal, sino negativa (por omisión) a resolver.
- b) Que la "resolución tardía" se dicte después de resuelto el recurso interpuesto contra la denegación presunta. En cuyo caso, tal "resolución tardía" es absolutamente ineficaz, pues, de otro modo, se estaría ante una doble manifestación de voluntad de la Administración, que incluso puede ser contradictoria. En suma, respecto a lo que aquí interesa, se trata de una negativa (por omisión) a resolver.

(59) ...

En el segundo caso, esto es, cuando el particular ha optado por seguir esperando la resolución expresa de su petición en vez de recurrir contra la denegación presunta, el recaimiento de "resolución tardía" puede presentarse también en dos momentos:

- a) Antes de que hayan transcurrido los plazos que la ley previene para recurrir le denegación presunta. En cuyo caso, la "resolución tardía" es totalmente eficaz respecto a la petición y, si hay inkomformidad, puede recurrirse.
- b) Después de concluidos los citados plazos. En cuyo caso, la "resolución tardía" produce un doble efecto: por una parte, "resuelve" la petición; por otra, abre nuevos plazos de impugnación.

Pero, tanto en uno como en otro de estos dos últimos supuestos, respecto a lo que para este trabajo interesa, existe un retraso en la resolución, del que puede derivarse responsabilidad.

La cuestión que todos estos casos plantean (a excepción, quizá, del segundo de la primera hipótesis, donde aparece bastante más clara) en relación con la prevaricación, es si la resolución expresa posterior enerva la acción judicial penal emprendida (y todavía no concluida) en razón a ese presunto delito. Es cuestión delicada y puede haber base para defender tanto la postura negativa como la positiva. Sin embargo, en mi opinión, si se considera que lo que se enjuiciará penalmente es la justicia o injusticia de una acción ya efectuada, y no de la posterior (que por lo demás puede concluir en una resolución expresa también injusta); en segundo término, que la justicia de la resolución emana del silencio negativo, no sólo radica en lo que ella puede tener tal denegación a la petición, sino en la violación de la norma procesal que obligaba a la Administración (al funcionario de que trate) a dictar la resolución expresa; en tercer lugar, que el funcionario público tiene que haber actuado "a sabiendas" o "por negligencia inexcusables", es decir, que no se trata de un mero olvido de escasa carga culposa, sino de un no actuar consciente o, cuando menos, con el mayor grado de culpa (temerariedad), por lo que la acción judicial-penal comenzada vendría a jugar como una especie de acicate, que hiciera volver al funcionario sobre sus propios pasos dolosamente ejecutados o llevados a cabo con una imprudencia temeraria (incluso puede que con representación); parece que, ante todo ello, hay concluir negando.

Tercera: Como se deriva de la anterior, y pese a no estar contenido en la enumeración del art. 92 (no contenido a no ser, obviamente, que, por la razón que aportaré en quinto lugar, este artículo opere con una categoría de resolución más amplia que la deducible del art. 93), de facto pone fin al procedimiento principal, (exigencia de dicho art. 92), es decir, es una de las formas de la que, generalmente, llaman los autores "terminación anormal del procedimiento".

Cuarta: Su razón de existir es, precisamente, abrir la vía de recurso (60), la que, efectivamente, abre a tenor del art. 94, 1 (exigencia del art. 113, 1).

Quinta: Se encuentra regulado en la Secc. 2ª del Cap. IV del Tít. IV, bajo la rúbrica general de "Resolución".

En conclusión, se puede afirmar que el acto presunto emanado como consecuencia del silencio de la Administración sobre una determinada petición, está equiparado a la resolución que debía (y que, por exigencia del art. 94, 3, más tarde deberá) solventarla.

Sin duda, el argumento de mayor entidad que se puede emplear en contra de la anterior afirmación, es aquél que rehusa al efecto del silencio

(60) "El silencio negativo es solamente una simple ficción de efectos estrictamente procesales, limitados, además, a abrir la vía de recurso" (T.-R. FERNANDEZ, "Curso..." T. I cit., pg. 414; subrayado en el original).

administrativo negativo la misma condición de acto y, con más razón, por ello mismo, la de resolución, sobre la base de la inexistencia de una manifestación de voluntad por parte de la Administración, sustituida por la del legislador o, más correctamente, de la ley. En este sentido no hay actividad administrativa, ciertamente es así. No puede negarse que lo que hay es una inactividad administrativa, que, por tanto, no puede llamarse "acto" sin incurrir con ello en un contrasentido. Pero, es que tampoco se afirma que haya un acto, sin más; sino una presunción de acto, un acto presunto. Y la capacidad para realizar esta operación, formalmente, nadie puede discutírsela a la ley. Y si esto es así, lo que se afirma, y no hay razón para rechazar, es que la inactividad de la Administración desencadena ese mecanismo legal a través del cual se hace presente un sustitutivo de la actividad que la Administración debió haber efectuado; sustitutivo que ni produce el único efecto de abrir la vía de recurso (conforme se acaba de ver), ni puede atribuirse a nadie sino a la propia Administración, pues sin su inactividad no habría existido en esta forma. Materialmente, podrá discutirse el criterio que ha llevado a crear este mecanismo legal, pero una vez que se acepta su existencia, da lo mismo evitar que funcione mediante el desempeño de la actividad, esto es, dictando, un acto, que provocar su funcionamiento, no actuando, ya que esto produce, justamente, un efecto equiparable a la actividad no desempeñada. Ninguna ficción jurídica puede ocultar este hecho. Y, desde luego, para el Derecho penal y, más concretamente, el art. 358 C.p., tanto da que directamente se dicte una resolución, cuanto que se haga por el mecanismo interpuesto de la ley. Lo que ocurrer es que, técnicamente, una cosa se llamará comisión y otra comisión por omisión.

Como se vé, el llamado silencio administrativo posee una interesante problemática en relación al art. 358 C.p., objeto del presente estudio. No creo que haya a lo largo del mismo, otro lugar mejor que éste para, aún sucintamente, plantearla.

A este efecto, es sugestiva la manera con que ARIAS (61) expone el tema del silencio administrativo: analizando "una especie de silogismo, en el cual la premisa mayor será el deber de la Administración de responder a las pretensiones que se la dirijan, la premisa menor el incumplimiento por parte de la Administración de tal mandato y, por último, a modo de conclusión, la reacción del ordenamiento jurídico ante tal incumplimiento".

Entrando en este análisis, el citado autor afirma, respecto al deber de la Administración de contestar a las pretensiones de los particulares, que tal deber de resolver está consagrado "de una manera expresa", para la Administración central, en el art. 94, 3 de la L.P.A., concorde con los 61 y 70 de la misma, y consecuencia lógica del 21 del Fuero de los Españoles. Conducta de la Administración, que nunca será un agere licere, "que daría lugar a una simple facultad", sino un agere debere, "un deber, bien en sentido de obligación o de carga".

Este deber -continúa el autor-, tiene que provenir de un "precepto", cuyo incumplimiento en-

(61) "Apuntes..." cit., pgs. 91-105.

gendará una "sanctio", pues de otra manera no sería un auténtico mandato, sino una "lex imperfecta".

Este tipo de deber, no sólo alcanza a la Administración, sino también a la Jurisdicción y a la legislación. En efecto, dejando de lado esta última, que en este momento no interesa aquí, se comprueba que para la Jurisdicción el precepto se halla en el art. 1º, 7 (antes en el art. 6) del Código Civil y en los 8 y 245 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J.) y 757 y 767 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (L.E.Cr.), mientras que la sanción se previene en el art. 357 C.p.; para la Administración, el precepto se encuentra en el art. 94,3 de la L.P.A. (62), consistiendo su incumplimiento, según el autor que vengo citando, en "la comisión, por omisión, de una infracción del ordenamiento jurídico, lo que no está desvinculado ni mucho menos de la voluntad de la Administración" y la sanción en la "reacción del ordenamiento jurídico ante el incumplimiento de la Administración del deber de dictar resolución expresa a las pretensiones que ante ella se deduzcan". En qué consiste tal reacción es el siguiente objeto de estudio.

Según ARIAS, la reacción tiene una doble vertiente: frente al órgano incumplidor del deber, subjetivamente considerado y frente a la conducta misma de incumplimiento, en su consideración objetiva.

(62) Cuando dice: "la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa".

Desde el punto de vista subjetivo, el ordenamiento puede reaccionar: bien de una manera "aditiva", "añadiendo unos efectos" ("en cuyo caso tendríamos la exigencia de responsabilidad como tipo de sanción"), o bien de una manera "sustractiva", quitando al órgano "sus atribuciones normales" ("en cuyo caso, referido al silencio administrativo, se traduciría en quitar la 'competencia' al órgano para poder resolver en un sentido afirmativo o negativo, como tipo de sanción").

En cuanto a la objetiva consideración de la conducta silente, el ordenamiento puede reaccionar: tanto "atribuyendo, sin más, una significación predeterminada, bien negativa (silencio negativo) o bien positiva (silencio positivo)", cuanto "traslizando la valoración de la conducta omisiva, y la significación positiva o negativa que deba atribuirsele, a la decisión, bien de otro órgano administrativo de carácter superior, bien de otro órgano no administrativo, sino jurisdiccional, que decida tal cuestión".

Hay que tener en cuenta -termina diciendo- que la reacción no tiene porqué limitarse a una sola de las sanciones, sino que puede producir varias o todas.

Llevadas las consideraciones anteriores al derecho positivo, se alcanzan las conclusiones siguientes:

- 1ª. Ante el órgano subjetivamente considerado hay:

Una reacción "aditiva", contenida en el

art. 94, 3 de la L.P.A., que se materializa en "la exigencia de responsabilidad (civil, penal o administrativa) como tipo de sanción", al funcionario que haya dado lugar al silencio administrativo.

No existe, en cambio, una reacción "sustractiva" que, como sanción, quite al órgano su competencia para resolver, puesto que el art. 94 L.P.A., no excluye el deber de "dictar una resolución expresa" por parte de la Administración, si bien "tales resoluciones tardías tienen un término final: aquél en que se envía el expediente en vía de revisión al órgano administrativo que corresponde (caso de recurso de alzada) o a la jurisdicción contencioso-administrativa, pues el envío de dicho expediente supone, al menos de facto, la pérdida de la competencia sobre el asunto".

- 2ª. Ante la conducta que ocasiona el silencio, en su consideración objetiva:

Se le atribuye bien una significación negativa o bien positiva, según se trate, respectivamente, de los supuestos contemplados en el art. 94 o en el 95, ambos de la L.P.A.

- 3ª. Que la no consideración del silencio administrativo desde la perspectiva de la reacción o sanción frente al incumplimiento del deber por parte de la Administración, provoca un notable desenfoque del problema. "Desde tal punto de vista, lo que no tiene sentido es continuar atribuyendo competencia a

la misma para conocer la pretensión que ante ella se dedujo y respecto a la cual adopta una actitud silente". Si bien es cierto que existe "un apoyo legal, al preceptuarse que, no obstante los efectos del silencio, la Administración tiene el deber de dictar resolución expresa. Pero precisamente es este enfoque e incongruencia legal, instaurada a partir de la L.J.C.A., la que criticamos".

Dejando, de momento, aparte las anteriores consideraciones, puede hacerse el siguiente planteamiento: el instituto del silencio administrativo concede al particular una opción (art. 94, 2) que, ciñéndose a la vía de petición y al silencio negativo (y el paralelo no es difícil de trazar para la vía de recurso y el silencio positivo, respectivamente), se concreta en las siguientes situaciones:

El particular formula una petición a la Administración. Esta "no notifica su decisión en el plazo de tres meses" (art. 94, 1). El particular denuncia la mora (por lo que debe entenderse que la ley estima que tres meses es el plazo normal para decidir un asunto, lo que concuerda con el plazo que concede el art. 125). A los tres meses de planteada esta denuncia (por lo que debe entenderse que el plazo legal para decidir un asunto es de seis meses, lo que impone la propia L.P.A. en el art. 61, 1), la Administración sigue sin "notificar su decisión". Transcurridos el plazo señalado, y ante el absentismo de la Administración, el particular puede:

- Considerar denegada su petición y recurrir contra tal denegación.

- ~ Seguir esperando a que la Administración "decida".

Ahora bien, a pesar de lo anterior la Administración tiene obligación de dictar resolución expresa (art. 94, 3). Más, si la dicta una vez materializada la primera de las dos situaciones aludidas (el particular ya ha recurrido contra la denegación), tal resolución sería inútil, pues en viado el expediente a otro órgano administrativo o a la jurisdicción contencioso-administrativa, según corresponda, el órgano silente "ha perdido la competencia sobre el asunto" (63). Pero es que, aunque no se comparta esta opinión de la pérdida de competencia (64), es decir, aunque se piense, dada la genérica obligación de dictar resolución en todo caso impuesta por el art. 94, 3, que el órgano silente conserva dicha competencia, y, en consecuencia, este órgano dicte la resolución expresa, la abstención durante seis meses anterior a ella supondrá un "retraso en la resolución del expediente" (art. 61,2), que facultará a "la autoridad que conozca del recurso" procedente, interpuesto contra la resolución finalmente dictada con "retraso" (siempre y cuando este no esté "debidamente justificado"), para "ordenar la incoación del oportuno expediente disciplinario para determinar el funcionario o funcionarios responsables a fin de imponerles, si procede, las oportunas sanciones" (art. 61,2).

(63) ARIAS, "Apuntes..." cit., pgs. 97-98.

(64) V., p. ej., GONZALEZ RIVERO, "El silencio administrativo..." cit., pg. 370.

Paralelamente, se producirán estos mismos efectos cuando se está ante la segunda de las situaciones arriba señaladas (continuar en espera de que la Administración decida) y se haya recurrido contra la resolución dictada con "retraso".

Y, más aún, aunque no se interpusiera este último recurso, tanto en uno como en otro de los dos casos expuestos, si la Administración incumpliera el deber de dictar resolución expresa, "contra el incumplimiento de este deber podrá deducirse reclamación en queja, que servirá también de recordatorio previo de responsabilidad personal, si hubiere lugar a ella, de la autoridad o funcionario negligente" (art. 94, 3, segundo inciso).

Se comprueban, pues, dos situaciones diferentes: una de retraso ante la resolución del expediente y otra de negativa (por omisión) a resolverlo. Lo que podría llamarse, retardo y negativa de la Administración en la resolución de asuntos administrativos.

Ante la primera, el ordenamiento jurídico-administrativo reacciona señalando la posibilidad de una sanción disciplinaria (que, en consecuencia, debe añadirse a las sanciones a que alude ARIAS en su trabajo). Ante la segunda, reacciona señalando la posible responsabilidad (sin cualificarla) de la autoridad o funcionario productor de la situación de silencio (es decir, la responsabilidad "civil, penal o administrativa", indicada en el referido estudio).

La cuestión que ahora interesa es la de si respecto a la primera situación, aparte de la po-

sibilidad disciplinaria señalada, puede el particular o, más generalmente, se puede exigir otro tipo de responsabilidad, la penal, por tal hecho. De contestarse afirmativamente y, por tanto, admitir la hipótesis de que el retardo en la resolución de asuntos administrativos puede producir responsabilidad penal, la ulterior cuestión es en qué norma del ordenamiento jurídico-penal se encuentra recogida esta situación como delito y señalada su correspondiente pena.

Paralelamente, en cuanto a la segunda de las situaciones planteadas, si de la negativa (por omisión) a resolver un asunto administrativo, puede derivarse responsabilidad penal, ¿en qué norma del ordenamiento jurídico-penal se encuentra descrita esta conducta y sancionada con una pena?

Volviendo a la exposición del deber-precepto-sanción antes hecha, se obtiene ahora la siguiente:

Respecto a la Jurisdicción: el deber de resolver las pretensiones que ante ella se presentan (deber de administrar justicia), se encuentra en los preceptos antes citados; el incumplimiento de este deber consiste en el retraso o en la negativa a administrar justicia; la sanción se concreta, por un lado y a diferencia de lo visto para la Administración ante su conducta silente "en consideración objetiva", en "trasladar la valoración de la conducta omisiva, y la significación positiva o negativa que deba atribuírsele" a otro órgano diferente, y, por otro lado, ante el órgano incumplidor subjetivamente considerado, en acudir a lo prevenido en el art. 357 C.p. (prevaricación).

Respecto a la Administración: los preceptos en que se impone el deber es el art. 94 L.P.A. y sus concordantes 61 y 70, de la propia ley; el incumplimiento de este deber consiste en el retraso o en la ausencia (negativa) del dictado de resolución; la sanción se concreta, por un lado, en lo recogido con este caracter en el trabajo del que he partido, y, por otro, ¿en una responsabilidad penal cuya única vía se encuentra en el art. 358 C.p.?

En suma, estoy planteando la hipótesis de la prevaricación de funcionarios públicos en relación al silencio administrativo. Con una doble vertiente: una "resolución injusta" por defecto procesal (la "resolución tardía") y una "resolución injusta" por posible vicio sustantivo (la "resolución presunta" negativa, nunca seguida de "resolución expresa tardía").

A mi entender, lo primero depende de lo que se entienda por el elemento típico "injusta", concretamente, si abarca también la infracción de normas procesales. Lo que, como se verá al estudiar pormenorizadamente dicho elemento en el capítulo correspondiente, de modo unánime se responde afirmativamente.

Por su parte, la segunda versión depende a su vez de si se concluye que el elemento típico "dictare" permite la modalidad de comisión por omisión en el tipo del art. 358 C.p. Lo que, en mi opinión, también debe afirmarse, como más tarde argumentaré.

Por lo demás, si tenemos en cuenta que en la prevaricación judicial el art. 357 tipifica tan

to la negativa a juzgar, cuanto el retardo en la administración de Justicia, parece lícito preguntarse si es que tales modalidades no caben en la prevaricación administrativa, o si es que el legislador no las conocía, o si no las quiso recoger, privilegiando de esta manera a la Administración pública en relación a la de justicia, o si, por último, en realidad lo que ocurre es que la fórmula mucho más genérica del art. 358 en relación a los 351-357, efectivamente es susceptible de abarcar tales conductas.

A mi juicio, hoy por hoy, la última explicación es la correcta, en la medida en que lo permiten los elementos "injusta" y "dictare", respectivamente, y en atención a que si, ciertamente, la "negativa" no es por sí misma conducta tipificada, es típica en cuanto, a través del mecanismo legal del silencio administrativo, produce la aparición del resultado requerido por la norma del art. 358: la "resolución" (65).

-
- (65) A favor de esta conclusión obran, además, dos argumentos de índole histórica: el primero, la tipificación en el art. 451, Cuarto (prevaricación) del C.p. de 1822, de "los funcionarios públicos de cualquier clase, que ejerciendo alguna autoridad, sea judicial o gubernativa, o alguna superioridad en su ramo respectivo, nieguen, rehusen o retarden a sabiendas y del modo referido la administración de justicia, la protección, desagravio, u otro remedio que legalmente se les pida, o que la causa pública exija, siempre que deban y puedan ponderarlo"; el segundo, es el art. 448 (bajo la rúbrica de "denegación de auxilio") del C.p. de 1928, según el cual: "El funcionario público que se negara a practicar u omitiera un acto de su ministerio que le esté impuesto por disposiciones aplicables en la materia, o que, valiéndose de cualquier otro medio, impidiera o dificultare la tramitación o conclusión de los expedientes puestos a su cargo, será castigado con la pena de inhabilitación especial de dos a seis años".

Debe, por último, tenerse presente la trascendencia que tiene el silencio de la Administración, tanto si va como si no va seguido de "resolución tardía". El silencio puede, sin duda, llevarse a cabo dolosamente, sin que a ello se pueda oponer convincentemente la expresión "autoridad o funcionario negligente" empleada por el art. 94, 3 de la L.P.A., con seguridad de manera ajena a la dogmática jurídico-penal; un tipo de dolo de singulares características, en ocasiones, y con el que, en todo caso, habrá de operarse cuidadosamente, ya que, como señala T.-R. FERNANDEZ al resaltar que, independientemente del carácter "directo y objetivo" de la responsabilidad que el silencio engendra para la Administración, esta "podrá repetir contra la autoridad o funcionario negligente, si la pasividad o la demora han sido causadas por él mismo, lo cual -es preciso decirlo- no es frecuente en esta materia, ya que, más bien, el silencio es fruto habitualmente de una postura de la Administración, que, por diversas razones, prefiere eludir en ciertos casos todo pronunciamiento expreso" (66); a lo que cabe matizar, que difícilmente esta consciente postura de la Administración podrá llevarse a cabo sin la, a su vez, consciente o, cuando menos, inexcusablemente negligente o derivada de una ignorancia que tampoco admite excusa, colaboración (sin darle a este término contenido técnico-penal) del funcionario personalmente encargado de evacuar la resolución de que se trate en forma y tiempo oportunos. La gravedad de los efectos del silencio puede ser muy grande; por poner un ejemplo recien-

(66) T.-R. FERNANDEZ, "Curso..." T. I cit., pg. 418.

temente tratado: la aprobación de planes de urbanismo por silencio administrativo (67). Ante ello, parte de la doctrina administrativista propone el empleo efectivo del sistema de sanciones que el ordenamiento ofrece, la depuración de responsabilidades individuales (68); y, en este terreno, no debe dejarse de lado la responsabilidad penal y, dentro de ella, la que el delito de prevaricación origina.

(67) V. LOPEZ RAMON, "Aprobación de planes..." cit., p. ej., pg. 208: "Con toda licitud cabe plantearse la pregunta de hasta qué punto el derecho del particular a presentar un plan, unido a la inactividad o deficiencia administrativas, le autoriza a vincular a la comunidad a sus ideas o a sus intereses. ¿Qué ciudadanos resultan verdaderamente protegidos por el silencio positivo en la aprobación de planes urbanos?... El control público del urbanismo es algo indeclinable".

(68) V., p. ej., MARTIN MATEO, "Silencio positivo..." cit., pg. 239; LOPEZ RAMON, "Aprobación de planes ..." cit., pg. 209.

b) Hasta aquí, se ha visto que en relación al "concepto convencional" de resolución, de cuya consideración he partido, hay que introducir la corrección de que las resoluciones no sólo pueden ser expresas, sino también "presuntas". En lo que sigue, se trata de comprobar, por un lado, si, en esta misma línea, son también posibles las "resoluciones tácitas" y, por otro lado, en relación con la exigencia de que sean escritas que aquel concepto parece tener, si son posibles las "resoluciones orales" y las "mímicas".

El acto tácito (69), puede definir de la siguiente manera: "a diferencia del acto expreso, ya no existe una clara e inequívoca manifestación de la voluntad de modo directo; existe acto tácito cuando, ante la conducta de la Administración cabe presumir racionalmente la existencia de una voluntad que produce efectos jurídicos" (70).

(69) El que el acto tácito sea un auténtico acto administrativo, se puede poner en duda por razones casi idénticas a las alguna doctrina emplea para hacer lo propio con el acto presunto. Y, así, por ejemplo, se afirma que "no es correcto, por tanto, hablar, como a veces suele hacerse de 'resoluciones tácitas' o 'actos tácitos'" (GONZALEZ PEREZ, "El Procedimiento..." cit., pg. 502, apoyándose en Eduardo VIVANCOS, "Las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo", Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1963, pgs. 90-91). Tan controvertible es esta opinión y tan habitual es "hablar, como a veces suele hacerse" de "resoluciones" o "actos" "tácitos", que a continuación recojo en el texto el concepto de "acto tácito" (Sic.) que da el propio autor de la crítica aquí reproducida.

(70) GONZALEZ PEREZ, "El Procedimiento..." cit., pg. 340.

Lo que ahora se trata de comprobar, es si se puede encontrar en la L.P.A. algún acto con las señaladas características que, al tiempo, reuna las de resolución.

Lo que, a mi juicio, es posible. Así, por ejemplo, en el art. 77, 5.

Según el número 3 de este artículo, "la resolución" de la reclamación en queja, que, a tenor del número 2 de la propia norma, debe dictarla el "superior jerárquico de la autoridad o funcionario que se presume responsable de la infracción o falta", "se notificará al reclamante en el plazo de un mes, a contar desde que formuló la queja". Pues bien, según el número 5, "si la resolución no tuviese lugar en el plazo señalado en el número 3, el interesado podrá reproducir su queja ante la Presidencia del Gobierno, tramitándose conforme a lo dispuesto en los números 2 y 3 del artículo 34". En consecuencia, en tal supuesto se describe un no hacer de la Administración, al que no se le asigna por la ley un significado explícito determinado (71), del que cabe presumir racionalmente una voluntad denegatoria de la Administración, y que produce efectos jurídicos (la reproducción de la queja).

(71) Si la presunción estuviese determinada por la ley, se trataría de un acto presunto; la reclamación en queja no pone en movimiento el resorte del silencio administrativo (productor, este si, de un acto presunto), conforme se deduce al relacionar el art. 77 en comentario con el 34 de la propia L.P.A.

Ante lo anterior, se hace preciso reconocer existencia de "resoluciones tácitas" (72).

Admitir la posibilidad de resoluciones presuntas y tácitas, implica negar el monopolio de la forma escrita para todas las resoluciones. Más, lo cierto es que a base del ejemplo expuesto de re

-
- (72) Si bien es cierto que "no obstante, la exigencia normativa de una declaración formal y aún escrita ... y la regla que no admite ejecuciones materiales limitativas sin un previo acto que, definiendo lo que es derecho en el caso concreto, juegue como título de la ejecución (artículo 100 L.P.A.), viene a excluir la expresión tácita de la declaración en cuanto a los actos que llamaremos de gravamen o limitativos de la esfera jurídica del destinatario; más bien la expresión tácita de una voluntad en este ámbito expresará aquí normalmente una ilegalidad, incluso una vía de hecho. Por ello, el campo propio de los actos tácitos es, o bien el orgánico o interno, o bien el de los reconocimientos de derechos o beneficios en favor de los particulares, el de los actos favorables, pudiendo en consecuencia identificarse un cambio de conducta en esta materia con una revocación irregular" GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." T. I cit., pg. 369). Nótese como, de esta manera, se evidencia aquí un posible campo de prevaricación, en cuanto se dictasen, a sabiendas o por negligencia o ignorancia inexcusables, resoluciones tácitas que fueran de las calificables de gravamen, residiendo la injusticia en la ilegalidad a que se alude en el texto reproducido.

solución tácita no podemos concluir que esta sea oral (más bien se trata de un callar) o mímica (ya que no se está frente a signo alguno), con lo que las preguntas siguen el el aire: ¿pueden existir resoluciones orales? ¿y mímicas?

Utilizando el argumento lógico de que quien da lo más concede lo menos, habría de concluirse la respuesta afirmativa, puesto que si la ley admite la existencia de resoluciones tácitas, esto es, manifestadas no por escrito, ni verbalmente, ni siquiera a través de signos, tiene que admitir las que lo sean por alguna de estas dos últimas formas. Más, en cualquier caso, dejaré por el momento aplazada la respuesta definitiva a esta cuestión, sobre la que volveré un poco más adelante.

2º.- En cuanto al contenido.

Según el art. 93, 1, "La resolución decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del expediente"; además, "en los casos a que se refiere el artículo 43", "serán motivadas" (art., 93, 2) y "cuando... se adopten por delegación, se hará constar expresamente esta circunstancia" (art. 93, 4). El contenido sustancial es, pues, de naturaleza decisoria (73); el órgano administrativo que dicta la resolución interviene "con facultades decisorias" (E. de M., IV, cuarto párrafo), es un "órgano decisorio" (E. de M., V., Cuatro).

(73) "La resolución 'decide' el fondo, dice el artículo 93 L.P.A., por lo que comporta una decisión de voluntad" (GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." T. I cit., pg. 393).

Este contenido plantea un doble problema a dilucidar: por un lado, si hay resoluciones cuyo contenido no sea decisorio; por otro lado, si hay actos administrativos que, no siendo "resolución" conforme al concepto que de esta aportan las Seccs. 1ª y 2ª del Cap. IV del Tít. IV de la L.P.A., impliquen una decisión.

a) Respecto a lo primero (resolución sin decisión), el art. 6 L.P.A. presenta una serie de supuestos equívocos. Habla este artículo de "resolver" (y, por tanto, dictar resolución) "aquellos asuntos que consistan en la simple confrontación de hechos o en la aplicación automática de normas tales como libramiento de certificados, anotaciones o inscripciones, así como instruir los expedientes, cumplimentar y dar traslado de los actos de las autoridades ministeriales, diligenciar títulos, autorizar la devolución de documentos y remitirlos al archivo". Y digo que son dudosos estos supuestos porque si, por una parte, ciertamente puede afirmarse que hay una decisión de, por ejemplo, librar o no un certificado, por otra, puede arguirse que el contenido de este no es de carácter decisorio, sino simplemente constatatorio (una declaración de conocimiento), al igual que ocurre con una anotación o con una inscripción. Pero, en definitiva, por encima de esta última consideración, parece que hay que concluir que lo que existe en tales casos es la decisión de emitir una declaración de conocimiento; con lo que queda salvado el contenido decisorio de la resolución. Es decir, serían "decisiones de asuntos de escasa importancia", que es como ha calificado GONZALEZ PEREZ a las "resoluciones" de los asuntos a que se refiere este art. 6 (74).

(74) "El Procedimiento..." cit., pg. 195; el subrayado es mío.

Dicho desde el punto de vista que importa para el presente estudio, no se trata de comprobar si es "justa" o "injusta" la declaración de conocimiento (el contenido de, por ejemplo, el certificado) a los efectos de saber si con ella se ha cometido un delito de prevaricación (pues, a mi entender, se trataría más bien de una acción de falsedad), sino de averiguar la "justicia" o "injusticia" de la decisión de emitirla o no hacerlo, y sobre ello (con la concurrencia de los demás elementos típicos) saber si efectivamente se ha cometido una prevaricación.

b) Respecto al segundo de los problemas planteados (acto administrativo, no "resolución" conforme a los arts. 92 y sgs. L.P.A., que comporta decisión), basta con la siguiente apreciación de GARCIA DE ENTERRIA: "también, no obstante, en los actos de trámite hay decisiones de voluntad (por ejemplo: denegar una prueba, admitir la condición de interesado de un tercero, recabar un dictamen, etc)" (75).

3°.- En cuanto a los efectos.

Como se ha visto anteriormente, del "concepto convencional" de resolución se desprende que esta produce los siguientes efectos: Primero, pone "fin al procedimiento" (art. 92) y segundo, abre la vía de recurso (art. 113, 1).

(75) "Curso..." T.I., ob. cit. pg. 393.

En consecuencia, lo que se trata de comprobar es: Primero, si hay resoluciones que no pongan fin al procedimiento. Segundo, si hay resoluciones que no permitan recurso. Tercero, si hay actos que, sin ser "resolución" según el concepto de que se ha partido, abran igualmente la vía de recursos.

Ante estas cuestiones, y anticipando a efectos meramente expositivos las conclusiones, la L.P.A. permite afirmar:

a) Que no sólo es resolución el acto definitivo que termina la constelación de actos que componen el acto-procedimiento, sino que también se pueden considerar como tales a otros actos que, sin ser los últimos de los de un acto-procedimiento (acto compuesto), se dicten por un sólo órgano administrativo (acto simple), ya sin necesitar la presencia de acto-procedimiento alguno, ya como consecuencia, pero con individualización, del planteamiento de un acto de ese tipo.

b) Que, partiendo de distinguir el procedimiento principal (entendiendo por tal aquél que lleva al dictado del acto definitivo que es el que solventa el fondo, es decir, que logra el objeto que se perseguía con la iniciación del procedimiento) de los procedimientos adyacentes y subsiguientes, cabe decir que hay resoluciones que no ponen fin al procedimiento (al procedimiento principal, que es el que se refiere el art. 92).

c) Que, sobre la base de la distinción acabada de sentar: Primero, hay resoluciones que dictadas en procedimiento adyacente, no admiten re-

curso. Segundo, hay resoluciones que dictadas en procedimiento subsiguiente, no admiten recurso. Tercero, hay resoluciones que dictadas en el procedimiento principal, tampoco admiten recurso.

d) Que hay actos que, no siendo resoluciones según el concepto que de estas dan los arts. 92 y sgs. L.P.A., abren, sin embargo, la vía de recurso.

Los fundamentos de cada una de estas conclusiones son los siguientes:

a) Resoluciones al margen de un acto-procedimiento.

La L.P.A. esta construida esencialmente para regular el dictado de la principal clase de los actos administrativos compuestos: los actos-procedimiento, esto es, integrados por una cadena de actos, "de naturaleza distinta" (76), cada uno de los cuales, por esta misma desigualdad, puede estar dictado por órgano diferente del que dicta el siguiente o del que dictó el anterior, cuyo último eslabón, individualizado, a su vez, respecto a los anteriores que lo implican, pero integrado con todos ellos en el acto total (acto-procedimiento), es a lo que la L.P.A. en sus Seccs. 1ª y 2ª, Cap. Iv., Tít. IV, llama resolución.

Pero el legislador no se le escapa, como lo muestra en la E. de M., V, Uno, párrafo segundo, que hay actos que no precisan de este sistema

(76) L.P.A., E. de M., V, Uno.

de elaboración. Actos cuyo procedimiento de dictado es una concentración del que se acaba de ver, en cuanto que los actos-trámite son prescindibles. Actos que surgen inmediatamente a la iniciación y cuyo dictado, por tanto, se hace con intervención de un sólo órgano, ya individual ya colegiado (que esto no altera la naturaleza del acto), sin necesitar la intervención plural de estos que caracteriza a los actos compuestos. En suma: actos simples.

La cuestión estriba en si, pudiendo afirmar sin dificultad la identidad sustancial de las naturalezas del acto simple y del acto compuesto, se puede igualmente afirmar la coincidencia de naturaleza de ese acto simple y del acto-resolución (que, por otra parte, es en sí mismo, aisladamente, un acto simple), compendio y expresión del conjunto total componente del acto-procedimiento. Una lógica obvia lleva a concluir la respuesta afirmativa.

Cual sea la forma del acto simple dotado de las características aludidas, no altera su naturaleza de resolución. Es decir, que este tipo de actos simples tanto si son expresos, cuanto presuntos, como tácitos, tanto si son escritos, cuanto orales, como mimicos, serán resoluciones. He aquí una razón clara de admisibilidad de las resoluciones orales y mimicas, conforme más arriba he anunciado.

Pues bien, actos-simples-resolución pueden encontrarse bien con vida independiente de la existencia de un acto-procedimiento en trámite, o bien como consecuencia de la presencia de este, aunque ciertamente independizado ahora respecto de la resolución en que concluirá dicho acto-procedimiento.

Los ejemplos de lo que acabo de afirmar se encuentran en la propia L.P.A.:

De lo primero (es decir, acto-simple-resolución, ajeno a cualquier acto-procedimiento en trámite), v. gr., en el ya citado art. 6: así, librar una certificación es, a tenor de esta norma, una resolución; libramiento que puede no perseguir otro objeto que el de que el particular obtenga la certificación; sin más, sin abrir otro procedimiento que el arbitrado para realizar la tarea de constatación de que se habla. El propio artículo contiene otros muchos ejemplos.

En cuanto a muestras de lo segundo (es decir, de acto-simple-resolución emanado como consecuencia de un acto-procedimiento en trámite, pero independiente de la resolución en que concluirá este último), pueden verse en el art. 77: la reclamación en queja (77). Iniciada por el interesado, sin más que presentando escrito de queja, con copia simple del mismo, en que se cite el precepto infringido, ante el superior jerárquico de la autoridad o funcionario que se presuma responsable de la infracción o falta (art. 77, 2), la resuelve (dicha resolución) dicho superior jerárquico. Se trata, pues, de un acto simple que es resolución (por ministerio de la ley), que no es el acto fi-

(77) Para la reclamación en queja V. Aurelio GUAITA, "Los recursos de queja y nulidad en el procedimiento administrativo español", en "Estudios dedicados al Profesor Gascón y Marín en el cincuentenario de su docencia", Madrid, Instituto de Estudios de la Administración Local, 1952, pgs. 507-526 y, para la actual regulación, J. M. BOQUERA OLIVER, "Del recurso de queja a la queja", en R.A.P. n° 27, septiembre-diciembre 1958, pgs. 181-201.

nal de un acto compuesto, que no pone fin a más procedimiento que a aquél en que en sí mismo consiste y que, además, no abre vía de recurso (art. 77, 3), pero que surge como consecuencia de que preexiste planteado un acto-procedimiento en trámite; es una ramificación del tronco principal que conduce a la que se llama resolución en las normas que aportan el "concepto convencional".

Otro ejemplo se encuentra en la resolución consistente en la declaración de competencia para la "resolución" de un expediente, que prevé el art. 8, 5 (78): aquí, nuevamente, la ley alude a dos resoluciones (y así expresamente las denomina); de un lado, la resolución futura para la que se estime competente el órgano inferior, de otro, la resolución del superior decidiendo "lo procedente" en punto a quien competará dictar la primera (79)

Otro ejemplo: el previsto en el art. 18, en virtud del que se dicta una resolución (art. 17), distinta de la que en un momento posterior deba dictarse, contra la que tampoco se admite recurso administrativo.

(78) V. también art. 19 L.P.A.

(79) "La instancia deberá dirigirse al órgano competente para adoptar la decisión que se solicita. Ahora bien, aún cuando se presente a un órgano que carezca de competencia, producirá el efecto de provocar la obligación de resolver, si bien la resolución será la declaración de incompetencia o la adopción de la medida prevista en el artículo 8º, párr. 2º L.P.A." (GONZALEZ PEREZ, "El Procedimiento..." cit., pg. 416; el subrayado es mío).

También el art. 21 contempla un supuesto de características similares a los precedentes: se trata de la recusación de funcionarios, la cual supone resolución del inmediato superior del que se pretende la recusación, decidiendo o no la sustitución (art. 21, 3 y 4); resolución que, desde luego, no pone fin al procedimiento principal (aunque, eso sí, lo interrumpe: art. 55, si expediente = procedimiento) y contra la que tampoco cabe recurso (art. 58, 2) (80) y que no pone fin al "procedimiento ordinario", sino que simplemente lo acelera (art. 58, 1).

-
- (80) Señala GONZALEZ PEREZ ("El Procedimiento..." cit., pg. 592, n. 2) que contra la resolución que acuerde o deniegue el procedimiento de urgencia "no se dará ni el 'recurso contencioso-administrativo', no ya en aplicación del precepto de la L.P.A.-, sino porque se trata de un simple acto de trámite, no definitivo -aún cuando se emplee la palabra 'resolución' en el párrafo 2º del artículo 58 L.P.A.- respecto del que no es admisible el recurso contencioso-administrativo (artículo 37 L.J.C.A.), como tampoco lo son los administrativos (artículo 113, párr. 1º L.P.A.); de aquí que la exclusión del párrafo 2º del artículo 58 L.P.A., resulte innecesaria". Es decir, que de seguirse esta opinión (que, en definitiva, alude a un error -otro más y ¿cuánto más?- del legislador), no se puede aducir este art. 58 como razón de lo que en el texto planteo. Por lo demás, no es tan cierto que los arts. 113, 1 L.P.A. y 37, 1 L.J.C.A., no admitan los respectivos recursos que disciplinan contra todos los actos de trámite; lo exacto es que admiten dichos recursos contra actos de trámite determinados: según el art. 37, 1 L.J.C.A., contra los actos de trámite que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, de tal modo que pongan término a la vía administrativa o suspendan su continuación; y el 113, 1 L.P.A. contra los que determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión; y que una "resolución" que decida la aplicación del procedimiento de urgencia puede producir indefensión, es evidente.

Pero es que hay mas: la L.P.A. plantea el problema de la existencia de resoluciones propiamente dentro de lo que hemos llamado procedimiento principal, que son distintas de aquella en que desembocará este. En efecto, el art. 121 habla de la presencia en el procedimiento de resoluciones provisionales frente a resoluciones definitivas.

¿A qué se alude con estas "resoluciones provisionales"?

Si el acto-procedimiento no se compone más que de una serie de actos-trámite culminada por el acto resolutorio, y este es la "resolución definitiva", indudablemente el art. 121 cuando dice "resolución provisional" está hablando de alguno de aquellos actos-trámite; y si no todos los actos trámite son resolución, entonces es que la expresión en análisis alude a actos-trámite cualificados.

La cuestión se traslada, pues, a la cualificación; en que consista ésta, es cosa que la L.P.A. no especifica. Ciertamente, en ella hay unos actos-trámite cualificados en el art. 113: los que determinan la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión, contra los que, pese a no ser actos definitivos, admite la posibilidad de utilizar recursos administrativos. Más, evidentemente, no es a éstos a los que se refiere el art. 121, pues el art. 113 habla de auténticos recursos, sin diferenciar según que sean contra "resoluciones administrativas" o contra dichos actos-trámite cualificados, esto es, ambos son recurso, mientras que el art. 121, enfrente a este término de recurso el de reclama-

ción contra actos de trámite ("resoluciones provisionales") que, por el propio argumento que contiene el art. 113, no serán precisamente los referidos en este último artículo.

Quizá la única explicación plausible (81) es que el legislador está utilizando equivocadamente este término, y donde tenía que decir acto de trámite ha dicho resolución provisional, llevado, podría aventurarse, por la continua referencia a "resolución definitiva" allí donde, en realidad, debiera decir acto definitivo, como ocurre en los artículos anteriores al 121. Esta explicación cuadraría perfectamente con el art. 77, que habla de "reclamación" (mismo término que en el 121) en queja y de "resolución definitiva" del procedimiento principal ("asunto").

(81) A no ser, naturalmente, que se piense que la expresión "resolución provisional" alude a actos de trámite que, sin ajustarse al "concepto convencional" de resolución, tengan también contenido resolutorio; con lo que se abonaría casi inexpugnablemente la tesis de la existencia de actos-trámite-resolución.

Cabe también la explicación extrema de que en el art. 121 se alude a un acto-procedimiento que se encuentra en el límite de llegar al acto definitivo, en cuanto que sólo le falta alguna formalidad (p. ej., la firma de quien tiene la competencia para dictar la resolución, a plasmar en una propuesta de esta efectuada por el órgano inferior) para convertirse en tal acto definitivo. Más, en buena lógica, parece que no puede ser a esto a lo que se refiere el legislador.

En todo caso, el art. 121 si permite una afirmación tajante (que después fundamentaré con mayor abundancia): la absoluta imprecisión con que la ley emplea los términos "resolución" y "resolver"; una inconsecuencia que lleva a que se emplee el sustantivo como una especie de cajón de sastre donde cabe todo, atiborrado de conceptos jurídicos dispares pero carente de un significado jurídico preciso y propio.

Vinculado con este tema del caracter de resolución de los actos de trámite, el art. 73 L.P.A. plantea un problema interesante. Según esta norma: "1. El Jefe de la Sección o Dependencia donde se inicie o en que se tramita cualquier expediente, bien por propia iniciativa o a instancia de los interesados, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde íntima conexión. 2. Contra el acuerdo de acumulación no procede recurso alguno".

La cuestión aludida se centra en el valor que deba darse al acto descrito en el artículo acabado de reproducir: si tiene caracter de resolución o carece del mismo. Si se afirma lo primero, se estará ante una resolución dictada dentro del procedimiento principal, no en uno adyacente o subsiguiente a aquel, distinta de la futura que se dictará para cerrar dicho procedimiento principal, pero no identificable con las "resoluciones provisionales" de que habla el art. 121. Si, por el contrario, se afirma lo segundo, se estará ante una de estas "resoluciones" (= actos de trámite carentes de configuración propia de una auténtica resolución) del art. acabado de mencionar.

A favor de esta segunda postura, no es concluyente el que el término empleado por el art. 73 (en

su número 2) sea el de "acuerdo" y no el de "resolución", pues, como luego trataré de demostrar, ese vocablo lo emplea numerosas veces la L.P.A. como expresivo de auténticas resoluciones (82).

Hay, pues, que dilucidar la cuestión a través del contenido sustancial de la norma en estudio:

Según GONZALEZ PEREZ, "la ley regula la posibilidad de que en un sólo procedimiento se planteen y decidan cuestiones que, aún cuando constituyan el objeto de procedimientos distintos, guarden íntima conexión. Para que surja este procedimiento es necesaria una actividad por la que se reúnan en un procedimiento las diversas cuestiones que han de examinarse en él. Esta actividad es la que se denomina acumulación". Y continúa este autor: "dada la definición de acumulación, es evidente que se trata de un acto administrativo de trámite, que habrá de calificarse como acto de iniciación o como acto de desarrollo, según el momento en que se produzca" (83).

A tenor de este argumento, se está ante un acto de trámite. Lo que tampoco prejuzga que no participe de la naturaleza de resolución (de resolución según un concepto más amplio que el aportado por el "convencional"), pues, como ya he indicado el hecho de que el acto no sea definitivo no es óbice para participar de esa naturaleza.

(82) Baste por ahora lo siguiente: "para hablar de resoluciones es usual el término 'acuerdo', p. ej., artículos 31, 35 L.R.J.A.E., o en la L.R.L., artículo 365, etcétera" (GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." T. I cit., pg. 392.

(83) "El Procedimiento..." cit., pg. 281.

Hay, sin embargo, un dato que, unido a las dos anteriores consideraciones, puede inclinar la balanza a favor de la no naturaleza resolutoria: me refiero a que, dada la regla general del art. 55, parece necesario concluir que "el planteamiento de la cuestión de la acumulación no suspende el curso del procedimiento" (84). Pero, como también queda dicho, tal argumento, al igual que los dos antes señalados, no es absolutamente determinatorio de que el acto no sea una resolución.

El último efecto que asigna el art. 73 (ahora en su n° 2) al "acuerdo de acumulación", es que contra él "no procederá recurso alguno". GONZALEZ PEREZ, dice, al comentar esta exclusión, que "resulta innecesaria ya que un acuerdo de acumulación es siempre un acto de trámite y, por tanto, no susceptible de recurso (artículo 113, párrafo primero, L.P.A.; artículo 37, párrafo primero, L.J.C.A.)" (85). Frente a este comentario unívoco, entiendo que se puede dar una interpretación plural:

Primera: Que, efectivamente, se trate de una redundancia, dado que el acuerdo en cuestión carece de todo carácter de auténtica resolución.

Segunda: Que si lo anterior es cierto en punto a la naturaleza del acuerdo, la exclusión del recurso no es innecesaria, sino equivocada, puesto que si lo que el legislador se propone es desproveer de toda posibilidad de impugnación, debería decir

(84) GONZALEZ PEREZ, "El Procedimiento..." cit., pg. 285.

(85) GONZALEZ PEREZ, "El Procedimiento..." cit., pgs. 285-286.

que "no procederá reclamación alguna" contra el acuerdo, ya que se trata de una de las llamadas "resoluciones provisionales" (aunque sin "un plazo especial" para formular reclamación contra ella), según el argumento que proporciona el art. 121 en relación con el 113, ambos de la L.P. A.

Tercera: Que es una auténtica "resolución administrativa" (por tanto susceptible de ser recurrida) y, dado este carácter, al buscar el legislador imposibilitar la impugnación, se ha visto necesitado de una exclusión explícita del recurso que contra ella cabe (argumento del art. 113, 1).

Cuarta: Que tampoco sería innecesaria la exclusión de la posibilidad de recurrir, si se concluye que el "acuerdo de acumulación" es (o en el concreto caso que se considere, puede llegar a ser) un acto-trámite del tipo de los que prevé el art. 113, 1 como susceptibles de abrir la vía de recursos, esto es, los que determinan la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión. Y es que hay razones para defender esta tesis.

En efecto, la acumulación puede tener lugar bien "al incoarse el procedimiento", bien "cuando, incoado un procedimiento con un objeto definido, se acumulan al mismo cuestiones que debían decidirse en procedimiento distinto" y, dentro de esta última modalidad, "caben dos supuestos: a) cuando las cuestiones que se acumulan al procedimiento incoado todavía no habían dado lugar a un nuevo procedimiento (acumulación por inserción) y, b) cuando existían ya los procedimientos administrativos entre los que se da la acumulación" (86).

(86) GONZALEZ PEREZ, "El Procedimiento..." cit., pgs. 282-283.

Pues bien, conforme se ve, en el supuesto b) existe la imposibilidad de continuar un procedimiento, ya que esta se da, según el propio autor acabado de citar, "si el acto, sin constituir la decisión o resolución del procedimiento, impide que este llegue a su terminación normal" (87), lo que, indudablemente, aquí existe. Imposibilidad de continuar el procedimiento que, por otra parte, no es sino una especie del género indefensión, puesto que esto es lo que en definitiva se produce impidiendo que el procedimiento siga su marcha (88); y téngase en cuenta que el fundamento que se da para que exista la institución de la acumulación son "razones de economía y justicia: ahorro de tiempo y de dinero, y evitar decisiones contradictorias" (89), razones estas que coinci-

(87) GONZALEZ PEREZ, "El Procedimiento..." cit., pg. 775.

(88) En realidad, los términos que emplea el art. 113, 1, podrían, en función de la razón dada en el texto, reconducirse a uno sólo: indefensión. Sin embargo, para ARIAS ("Apuntes..." cit. pg. 75), debe mantenerse la diferencia en razón a que, a diferencia de los actos que producen la imposibilidad de continuar un procedimiento, que son directamente impugnables, los que producen indefensión no tienen una impugnación autónoma, sino que hay que esperar al acto definitivo.

(89) GONZALEZ PEREZ, "El Procedimiento..." cit., pg. 282; Cfr. también GONZALEZ PEREZ, "Derecho Procesal Administrativo" T. II. 2ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966, pgs. 553 y sgs.

den con las que se aportan para justificar el que la ley permita recurrir contra actos de trámite que produzcan indefensión, es decir, "a fin de evitar actuaciones inútiles que en su día deberían ser anuladas" (90) dado el precepto contenido en el art. 48 L.P.A. y teniendo en cuenta que el art. 29 de la misma ley prescribe que "la actuación administrativa se desarrollará con arreglo a normas de economía, celeridad y eficacia", en suma: por motivo de celeridad y economía procesal.

Luego, si cuando menos alguna clase de "acuerdos de acumulación" pueden ser calificados de actos-trámite de los que permiten recurso, es lógico que la ley, no queriendo que exista posibilidad de impugnación de los mismos, expresamente niegue el que se pueda recurrir.

En conclusión: partiendo de la base evidente de que el "acuerdo de acumulación" no es "resolución" en el sentido que identifica esta con el acto definitivo, se puede afirmar: que si hay razones para sostener que tal acuerdo es un acto de trámite que no reúne las características de la resolución cuyo concepto se está buscando, también las hay, y poderosas, para mantener que está dotado de las mismas o, al menos, de la que reúnen los actos de trámite cualificados que el art. 113 equipara a "resoluciones"-actos definitivos, al concederles uno de los más importantes efectos jurídicos que estas tienen: abrir la vía de recursos administrativos.

(90) GONZALEZ PEREZ, "El Procedimiento..." cit., pg. 775.

La larga y generalizadora fundamentación de la primera conclusión que se avanzaba al comienzo del presente apartado, va a allanar mucho el camino para las que todavía quedan de las demás conclusiones.

b) Resoluciones que no ponen fin al procedimiento.

Para dar validez a la afirmación de que hay actos que, no obstante poseer el carácter de resolución, no ponen fin al que he llamado procedimiento principal al que están vinculados, no hace falta sino recordar el ejemplo, ya reiteradamente puesto, de la resolución (así expresamente denominada por el art. 77, 3 y 5) que decide la reclamación en queja, que se dicta como consecuencia de haberse planteado previamente un procedimiento que desembocará en otra resolución que, ésta sí, pondrá fin al mismo.

Se podrá oponer a lo anterior, el hecho de que la resolución de la reclamación en queja sí pone fin al procedimiento, al procedimiento condensado en que propiamente consiste esta reclamación, en cuanto diferenciado del procedimiento principal. Ello es, efectivamente, cierto e, incluso, más atrás lo he aludido y aceptado. Más no obsta al hecho de que el art. 92 declare, genéricamente, que la resolución pone fin al procedimiento principal; lo que, como se ve, no es correcto afirmado de modo general. Lo cierto es que una determinada resolución pone fin a un procedimiento determinado. Es decir, un tipo de resolución, la que compone la terminación de un acto-procedimiento iniciado, pone fin a este; otro tipo de resolución, la que ter

mina la reclamación en queja, pone fin a ésta; pero, no toda resolución pone fin al procedimiento principal al que está vinculada, ya directamente (terminándolo), ya indirectamente (en cuanto emana da como consecuencia, y sólo por ello, de que tal procedimiento ha sido planteado).

Queda, por otra parte, un residuo: el art. 121, el que, de no aceptarse la explicación del error legislativo antes mantenida, deja subsistente el problema; puesto que de forma clara puede derivarse de dicha norma, que las que llama "resoluciones provisionales" no ponen fin al procedimiento al que directamente pertenecen.

Por último, resta hablar de otras resoluciones: las que dirimen los recursos administrativos.

La L.P.A. dedica su Tit. IV ("Procedimiento") a dos tipos de procedimientos: el de gestión (Caps. I a IV) y el de ejecución (Cap. V) y su Tit. V ("Revisión de los actos en vía administrativa") al procedimiento que tiene que seguir la Administración para revisar sus propios actos. Pues bien, si los arts. 92 a 95 están situados dentro del Cap. IV del Tit. IV, su imperio sólo alcanzará al procedimiento de gestión, no al de recursos, con la consecuencia de no caracterizar a las resoluciones (que así son expresa y reiteradamente (91) llamadas por la L.P.A.) que los dirimen. En suma: las resoluciones que deciden recursos no ponen fin al procedimiento de gestión, sino, más bien al contrario, precisan del previo fin de este, en la generara

(91) Arts. 116; 117, 1 y 2; 118; 119; 120, 2; 122, 2; 124; 125, 1 y 2; y 126, 1 y 3.

lidad de los casos, para que se de el requisito sine qua non de su dictado; el planteamiento, la iniciación, de un recurso. Terminan, eso sí, sus propios procedimientos individualmente caracterizados y, algunas de ellas (como también algunas de las resoluciones propias del procedimiento de gestión), ponen fin al total procedimiento al que debe sujetarse un acto en la llamada vía gubernativa: el procedimiento administrativo; esto es, causan estado.

c) Resoluciones que no admiten recurso.

Uno de los efectos más característicos de la resolución desde la perspectiva del "concepto convencional", es que abre la vía de recursos. A esta afirmación general pueden oponerse:

Primera: Que existen resoluciones que, dictadas en un procedimiento adyacente al principal, no admitan recurso. Muchos de los múltiples ejemplos de ello, los he señalado anteriormente: art. 77, 3; art. 18, párr. 2º; etc.

Segunda: Que las hay que dictadas en el subsiguiente (vía de recursos), tampoco los admiten. Lo que es claro según se desprende de los arts. 122, 2; 126 y 127 (92).

(92) Art. 122, 2: "La resolución del recurso de alzada pone fin a la vía administrativa, salvo lo previsto en el párrafo siguiente".

Art. 126, 3: "Contra la resolución de un recurso de reposición no puede interponerse de nuevo dicho recurso".

Art. 127: "Podrá interponerse recurso extraordinario de revisión ante el Ministro competente contra aquellos actos administrativos firmes en que concurren alguna de las circunstancias siguientes...".

Tercera: Por último, existen resoluciones que, dictadas en el procedimiento principal, también son imposibles de ser recurridas (en cuanto a recurso ordinario se refiere; quedan a salvo los extraordinarios: argumento de los arts. 37 y 101 y sgs. de la L.J.C.A.); las resoluciones que ponen fin a la vía administrativa, como se deriva del art. 122, 1 de la L.P.A. en relación con los 35 de la L.R.J.A.E. (93); así como también, si se adopta la postura de identificar el "acuerdo de acumulación" con una resolución, esta resolución prevista en el art. 73 de la L.P.A.

d) Resoluciones no conformes al "concepto convencional", que abren la vía de recurso.

El fundamento de la afirmación de que hay actos que no siendo resolución según el concepto que identifica esta con el acto definitivo, abren, sin embargo, la vía de recurso, se encuentra en el tantas veces citado art. 113, que admite recurso no sólo contra las resoluciones-actos definitivos, sino también contra determinados actos de trámite ("los que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión").

(93) Art. 35: "Contra los actos o acuerdos de la Administración que pongan fin a la vía administrativa podrán ejercitar los interesados las acciones que procedan ante la jurisdicción competente, cumpliendo los requisitos previos exigidos en cada caso por las disposiciones vigentes".

Art. 36: "Podrán fin a la vía administrativa las resoluciones de los siguientes Organos y Autoridades ...".

Por cierto que la propia L.P.A., parece contradecir esta norma del art. 113, cuando en el 117 (94) al hablar solamente de "resolución impugnada", parece desconocer que también caben recursos contra determinados actos de trámite y no sólo contra los definitivos. A no ser, naturalmente, que utilice en este art. 117 el término "resolución" como también abarcador de aquellos, en cuanto que están equiparados a los definitivos en el art. 113. Pero, sobre este tema volveré más adelante.

4º.- En cuanto a la denominación.

Lo que en esta sede se trata de averiguar es si el término "resolución", al que se refieren los arts. 92 y sgs. de la L.P.A., está unívoca e inequívocamente utilizado a lo largo de toda esta ley.

Una simple ojeada a esta normativa, hace que se conteste de inmediato negativamente. Es más, a "resolución" se asimilan una pluralidad de otros términos, lo que provoca una gran imprecisión e inseguridad al tratar esta materia.

De cuáles son estos términos, en qué lugares se emplean y la problemática que esto apareja, voy a tratar seguidamente:

(94) Art. 117, 2: "El escrito de recurso, los informes y las propuestas no tienen el carácter de documentos nuevos a los efectos de este artículo. Tampoco lo tendrán los que el interesado puede aportar al expediente antes de recaer la resolución impugnada".

a) El "acuerdo".

Me ocuparé en primer lugar de los términos "acuerdo" y "acordar".

Aparecen, singularmente, en el Cap. II ("Órganos colegiados") del Tít. I ("Los órganos administrativos"). Del conjunto de este Capítulo se puede deducir que el "acuerdo" es el acto administrativo dictado por un órgano colegiado. La cuestión estriba en el carácter que se deba atribuir al "acuerdo" en orden a considerarlo o no resolución.

La conclusión lógica a que puede llegarse en punto a esta cuestión es que el "acuerdo" puede significar cualquier clase de acto, incluso resolución, a excepción de que siempre tiene que ser por escrito, dada la obligación que prescribe el art. 13, 2 de que conste en acta.

Es decir, un "acuerdo" puede: ser un acto de trámite, solventar una reclamación, ser un acto que determine la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzca indefensión, ser un acto definitivo, causar estado, solventar un recurso, ser un acto firme, ser un acto simple, etc.

Sin embargo, la L.P.A. rápidamente impide la pacífica inteligencia de este término. Y digo rápidamente porque es en el mismo Cap. II del Tít. I, en su art. 10,1, donde comienza a atribuir a la expresión en estudio, significado diferente al lógico.

En efecto. Este precepto dice: "La convocatoria de los órganos colegiados corresponderá al

Presidente y deberá ser acordada y notificada con una antelación mínima de cuarenta y ocho horas, salvo los casos de urgencia, y a la que acompañará el orden del día". Frente a ello, el art. 12, 1 dice: "Los acuerdos serán adoptados por mayoría absoluta de asistentes, y dirimirá los empates el voto del Presidente". Ante la imposibilidad de deducir que el presidente convoque el órgano por decisión de la mitad más uno de sí mismo, es preciso concluir que en el primer caso la ley emplea una acepción del término (la segunda del Diccionario: "Determinar o resolver deliberadamente una persona") y en el segundo otra (la primera del Diccionario: "Determinar o resolver por mayoría de votos o de común acuerdo"). En definitiva, que el "acuerdo" no sólo es el acto de un órgano colegiado, sino que también puede ser el acto de un órgano unipersonal.

Si todo quedara en esto, no habría obstáculo para seguir admitiendo que el "acuerdo" es, generalmente, el acto administrativo, en cualquiera de sus versiones, propio del órgano colegiado. Más, la ley no se conforma con plantear pequeños problemas semánticos y, así, crea la confusión también en lo jurídico, pues, primero, identifica en el art. 21, 3, el "acuerdo" (empleando aquí en la primera acepción) con la "resolución" (nº 4), para seguidamente (y teniendo en cuenta el concepto de resolución aportado por los arts. 92 y sgts.; no otro más amplio, con el que el problema no pasaría de lo gramatical), en el art. 39, 3, asignar el "acuerdo" la categoría de mero acto de trámite frente a la resolución (= acto definitivo) de que habla el propio artículo y número. Y como todavía no le parece suficiente, inmiscuye un nuevo factor

al introducir ahora el "acuerdo" dentro de la "resolución" cuando habla, en el art. 58, 2, de "resolución que acuerde", para continuar en el art. 84, 1, poniendo el "acuerdo" al nivel de la resolución, al hablar de "acordar o resolver", y terminar, en el art. 101, por darle su verdadero significado al equipararlo al acto (sin más calificación que preconceptúe), pero individualizándolo correctamente respecto de éste, cuando dice "actos y acuerdos" (95), para apresurarse, en el art. 116, a destruir éste deslíz de rigor, confundiendo, es decir, equiparando pero sin individualizar, el acto con el "acuerdo" ("acto impugnado" y "acuerdo recurrido").

b) La "decisión". Interpretación del art. 100 L.P.A.

No conforme con las variaciones de dos elementos, la ley introduce un tercero: la "decisión".

Este término se encuentra por primera vez en el párr. 2º del art. 18, donde lo iguala a la resolución (96); en el mismo sentido la emplea,

(95) En el mismo sentido, art. 78, 2: "las comunicaciones y notificaciones serán cursadas directamente a los interesados por el órgano que dictó el acto o acuerdo".

(96) Como también hace el 123, 1, que dice: "El recurso podrá presentarse tanto ante el órgano que dictó el acto que se impugna como ante el superior jerárquico que debe decidirlo".

ahora ya explicitando ambos términos, en el art. 23, b) en relación con el c), en el 41, 3 en relación con el n° 2, en el 94, 1 en relación con el n° 3 y en el 141, 3 en relación con el n° 1. En los arts. 87, 1 y 88, 1, habla de la "decisión del procedimiento", con lo que la equiparación con el acto definitivo (= resolución, según los arts. 92 y sgs,) es perfecta.

Todo lo anterior, de pie suficiente para mantener que cuando la L.P.A. habla de "decisión" o de "decidir", está diciendo "resolución" o "resolver". Con lo que incurre en la impropiedad de dar el contenido por el continente, ya que, según queda expuesto, el contenido de la resolución es una decisión.

Más, la conclusión de que cuando la L.P.A. habla de "decisión" está diciendo "resolución", se podría mantener sin más si el legislador no introdujera un nuevo factor de confusión. Pero lo hace: en el art. 100 (97), que inicia el Cap. V, referido a la "Ejecución" de los actos administrativos, del Tít. IV. Este precepto cabe entenderlo, en mi opinión, de dos maneras:

-
- (97) Art. 100: "1. La Administración pública no iniciará ninguna actuación material que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la decisión que le sirve de fundamento jurídico. 2. El Órgano que ordene un acto de ejecución material estará obligado a comunicar por escrito, y a requerimiento del particular interesado, la resolución que autorice la actuación administrativa".

Primera: Partiendo de la base de que es ejecutivo cualquier acto administrativo, incluso el acto de trámite (98). En cuyo caso, puede darse una de estas dos interpretaciones:

- Que para ejecutar un acto de trámite la Administración precisa llegar a dictar el definitivo ("resolución" o "decisión").
- Que no es necesario lo anterior, sino que cualquier acto es directamente ejecutivo sin precisar de refrendo final. En cuyo caso el art. 100 no debería hablar ni de "decisión" (n° 1) ni de "resolución" (n° 2), sino de acto, sin más calificativo.

Segunda: Partiendo de la base de que los únicos actos que son ejecutivos son las resoluciones (= decisiones). En cuyo caso están mal redactados los arts. 101, 102, 105, 106, 107 y 108, que hablan de ejecución de actos y acuerdos, lo que, según esta hipótesis, conduciría a la confusión de hacer pensar que son directamente ejecutivos también los actos de trámite.

Al parecer, sólo la primera interpretación de la primera hipótesis guarda lógica, pues las demás muestran, en un sentido o en otro, una grave contradicción.

Sin embargo, esta solución no resulta satisfactoria:

(98) Lo que es conforme con el art. 44 L.P.A., que sienta la ejecutividad de los "actos de la Administración sujetos al Derecho público", al hablar de la "Eficacia" (Secc. 2ª) de los "Actos en general" (Cap. II), dentro del Tít. III ("Actuación administrativa") de la ley de referencia.

En efecto, que para ejecutar un acto de trámite sea necesario esperar el dictado del acto definitivo que culmina el procedimiento en el que el primero está inmerso, en resumidas cuentas viene a significar la ejecución de tal acto definitivo (99), especialmente habida cuenta de que éste "decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del expediente" (art. 93, 1 y su concordante 119), y si bien "contendrán solamente la decisión" (art. 93, 2), esto se exceptúa "en los casos a que se refiere el artículo 43, en que serán motivados" (art. 93, 2), y dicho art. 43 señala en su n.º 1 que "serán motivados, con sujeta referencia de hechos y fundamentos de Derecho: a) los actos que limitan derechos subjetivos", y es así que la ejecución se concibe legalmente como una limitación de derechos de los particulares (art. 100, 1).

Lo anterior obliga a intentar una nueva explicación del art. 100, partiendo para ella de una base distinta. Tal base es la distinción entre ejecución y ejecutoriedad (= ejecución forzosa o acción de oficio).

Sobre la primera escribe GARRIDO FALLA que "decir que un acto es ejecutivo es tanto como afirmar que tiene fuerza obligatoria y debe cumplirse, lo cual ocurre desde el momento en que (supuestos los demás requisitos que, de forma genérica, condicionan la eficacia, esto es, notificación, publicación o aprobación superior, en su caso) el acto es

(99) Lo que igualaría esta interpretación de la hipótesis 1ª, con la 2ª.

definitivo, incluso con independencia de que sea firme. Ahora bien, dada la estructura jerárquica de la organización administrativa, la mayoría de las disposiciones administrativas determina, como regla, una puesta en movimiento de los Organismos inferiores tendente a lograr la ejecución de lo mandado. Así, la convocatoria de unas oposiciones prejuzga una serie de actos (nombramiento del Tribunal calificador, admisión de opositores, realización de los ejercicios de la oposición, etc.) de ejecución de aquella. Decir que el acto administrativo es ejecutivo es, en este caso, tanto como afirmar que estos actos deben llevarse a la práctica (y para ello normalmente no se plantea ningún problema de vencer resistencias físicas de los particulares interesados), con independencia de los recursos que contra la convocatoria se hayan formulado.

Resulta de lo anterior que la ejecutividad, tal como la hemos definido, constituye un rasgo común y ordinario de los actos administrativos, consecuencia de su propia fuerza de obligar y con abstracción de materia que constituya su contenido. Justamente de aquí se desprende la regla del carácter no suspensivo de los recursos administrativos y jurisdiccionales que se pueda utilizar para impugnarlos, expresamente recogida por nuestro Derecho positivo" (100).

(100) GARRIDO FALLA, "Tratado..." vol. I cit., pgs. 551-552; los dos primeros subrayados son míos (el segundo para hacer notar como la equivocada denominación -aparte el concepto- trasciende también a la doctrina), los dos últimos en el original.

Lo acabado de transcribir en realidad viene a demostrar lo contrario de lo que parte: que no es preciso que el acto sea definitivo para llevar aparejada ejecución.

En efecto, a mi entender, es erróneo ejemplificar de acto definitivo a una convocatoria de oposición, porque, muy al contrario, ésta lo que auténticamente es, en mi opinión, es el acto de iniciación de un acto-procedimiento que desembocará, tras dictarse otros actos de trámite (cuales son el "nombramiento del Tribunal calificador", la "admisión de opositores", la "realización de los ejercicios de la oposición", etc.), en un acto definitivo (nombramiento de un funcionario). Como indica VILLAR al hablar de la diferencia entre acto y norma, "son actos las convocatorias (de premios, concursos, subastas, oposiciones, etc.), ya que se inordinan en un procedimiento, son actos preliminares o previos al acto definitivo, con cuya emanación desaparece toda su eficacia jurídica" (101). La posibilidad que apunta GARRIDO de que tal convocatoria pueda ser recurrida (102), tampo-

(101) "Introducción..." cit., pg. 423; primer y tercer subrayados míos; el segundo en el original. Queda ahora evidente la mala utilización del término "disposición" a que se aludía en la n. anterior; Que la convocatoria de oposiciones es un acto y no una disposición general, parece claro; V. L. MARTÍN-RETORTILLO, "Actos administrativos generales ..." cit., en especial pgs. 234-235.

(102) Al margen de que tal recurso no interrumpa la ejecución o, por excepción, esta se suspenda (argumento del art. 116 L.P.A.).

co demuestra que tal acto sea definitivo, sino, muy al contrario y más conforme con lo que vengo exponiendo sobre "resolución", lo que demuestra es que la convocatoria o es una "resolución" (un acto resolutorio), dando a este término el significado, que en este trabajo se va deduciendo, más amplio que el de acto definitivo, o puede ser un acto de trámite cualificado de aquellos o que se refiere el art. 113 (103).

Tan ejecutivo es el acto-convocatoria, como cada uno de los actos de trámite antes enumera dos como subsiguientes a esta, cuanto, por último, el acto definitivo en que desemboquen. Porque en realidad lo que ocurre, como de algún modo pone de manifiesto el propio GARRIDO un poco más adelante (104), es que la ejecutividad del acto es consecuencia de su eficacia (105), y un acto puede ser eficaz sin necesidad de ser definitivo.

La postura que entiendo más acertada es, según indica GONZALEZ PEREZ (106), la de distin-

-
- (103) También "resoluciones", por equiparación, conforme ya he señalado (argumento del art. 113, 1 L.P.A.).
 - (104) Ob. cit., pg. 550: "la ejecutoriedad presupone que el acto sea ejecutivo, es decir, jurídicamente eficaz".
 - (105) Como se desprende del art. 44 L.P.A., ya antes puesto de manifiesto.
 - (106) "El Procedimiento..." cit., pgs. 358 y sgs.

guir, por un lado, "la decisión administrativa" y, por otro, el "procedimiento que va a realizar materialmente la decisión". Y, en este sentido, puede decirse que lo que supone la ejecución es, simplemente, que "la Administración no tiene necesidad de recurrir al juez para procurarse un título ejecutivo; ella establece este título" (107), que es precisamente, un acto eficaz. Ello es lógico (108) porque, como dice GARCIA DE ENTERRIA, el acto administrativo "consiste precisamente en una declaración" (109) que sustituye, cabe añadir ahora, al, en otros casos preciso, proceso declarativo judicial.

Ahora bien, así como entiendo correcto afirmar que todo acto para ser ejecutivo precisa ser eficaz, no puede concluirse lo mismo sobre lo contrario, es decir, todo acto eficaz no tiene porque producir un título ejecutivo, sino sólo aquellos actos que siendo eficaces consistan en una declaración de voluntad esto es, las "decisiones".

-
- (107) GONZALEZ PEREZ, "El Procedimiento..." cit., pg. 360.
- (108) Aparte el fundamento y hablando desde el punto de vista que es dado en llamar estrictamente jurídico.
- (109) "Curso..." T. I cit., pg. 367.

En efecto, si se parte de la clásica definición de ZANOBINI de acto administrativo, matizada por GARCIA DE ENTERRIA, según la cual "acto administrativo es la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria" (110), y se analizan cada uno de estos "estados intelectuales" expresables por la Administración a través del acto, se encuentra que:

Primero: "Expresión de un simple juicio es todo acto consultivo..., o un informe..., o una rendición de cuentas..., o los actos de intervención y fiscalización financiera realizados por la Intervención General de la Administración del Estado, etc.; no se incluyen en este tipo de actos aquellos que comportan esencialmente una estimación intelectual, pero en los que la misma es la base interna para una decisión de voluntad (resolución de recursos o peticiones, actos de aprobación en general, actividad disciplinaria o sancionatoria, actos que interpretan o aplican una norma, etc. (111)" (112). Conforme se desprende del concepto y ejemplos transcritos,

-
- (110) GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." T. I cit., pg. 369, V., Guido ZANOBINI, "Corso di diritto amministrativo", vol. I, "Parte Generale", 4ª ed., Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1945, pg. 223.
- (111) V. GARCIA DE ENTERRIA, "Apuntes..." T. II cit., pg. 84 i. f., donde se mantiene un criterio contrario a esta excepción que ahora, más correctamente, se hace.
- (112) GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." T. I cit., pgs. 369-270.

estos actos que consisten en declaraciones de juicio no aparejan título ejecutivo porque no necesitan ejecutarse, la declaración en que precisamente consisten agota su eficacia.

Segundo: "Expresiones de deseo son las propuestas o las peticiones de un órgano (o de un ente) a otro..." (113). Evidentemente tampoco estos actos que consisten en declaraciones de deseo producen un título ejecutivo, pues lo que en realidad comportan es una optatividad en el órgano al que se dirige el deseo, idea contraria al concepto de ejecución.

Tercero: "Manifestaciones de conocimiento son los actos certificables..., los diligenciamientos, anotaciones o registraciones de títulos, documentos, actos o trámites y el levantamiento de actas o la referencia de órdenes verbales..., o los actos de información... o de comunicación..." (114). Es claro que estos actos consistentes en declaraciones de conocimiento, no suponen título ejecutivo, puesto que, en sí, consisten en una "ejecución" de algo preexistente.

En consecuencia, de todo lo anterior se concluye que sólo los actos consistentes en declaraciones de voluntad o "decisiones", constituyen por declaración legal (art. 44 L.P.A.) título inmediatamente ejecutivos. Partiendo de esta idea, hay

(113) GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." T. I cit., pg. 370; V. los ejs. que propone.

(114) GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." T. I cit., pg. 370.

que tener en cuenta que el que la declaración sea de voluntad "será lo normal en las decisiones o resoluciones finales de los procedimientos" (115), lo que implica dos conclusiones:

Primera: Que parece correcto deducir que hay que estimar bien empleado el término "decisión" del n° 1 del art. 100, haciendo la salvedad de que será así siempre y cuando no se identifique con acto de definitivo tan sólo, sino con cualquier acto que consista en una declaración de voluntad.

Segunda: Que si, como ya se ha señalado repetidamente, el contenido normal de una resolución es decisorio, también se puede afirmar, sin temeridad, que lo normal es que las decisiones administrativas sean actos definitivos (que no son sino una clase de resoluciones que, por definición legal, tienen contenido decisorio). De aquí (y, por supuesto, del concepto de resolución, erróneo por definitario, que se desprende de los arts. 92 y sgs. L.P.A.) las confusiones tanto de GARRIDO, de afirmar que son ejecutivos sólo los actos definitivos, y del n° 2 del art. 100, al emplear el término "resolución".

Se llega de esta manera a una interpretación de los segundos términos de cada uno de los dos números del art. 100, es decir, de la previa "decisión que le sirva de fundamento jurídico" (a la "actuación material que limite derechos de los particulares", que pueda iniciarse por la Administración pública: primer término del n° 1) y de la "resolución que autorice la actuación administrativa", que está "obligado a comunicar por escrito y

(115) GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." T. I cit., pg. 369.

a requerimiento del particular" el órgano ("que ordene un acto de ejecución material": primer término del n° 2). Consecuentemente, para terminar la interpretación de la norma, resta la de los dos primeros términos.

Tal interpretación se puede obtener a través del segundo concepto de la distinción al principio recogida como base de la investigación: la ejecutoriedad (o ejecución forzosa o acción de oficio).

Sobre ella ha escrito GARRIDO FALLA: "Si con anterioridad nos hemos referido al carácter ejecutivo de los actos administrativos, ahora debemos encararnos con la posibilidad de su ejecución forzosa a cargo de la propia Administración que dictó el acto. Es aquí donde una parte de la doctrina habla de ejecutoriedad del acto administrativo, como cosa distinta de la ejecutividad. Si ésta es rasgo común de todos los actos administrativos (116), en cambio la ejecutoriedad sólo es propia de aquellos que imponen deberes positivos o negativos, cuyo cumplimiento puede no ser voluntariamente aceptado por el obligado. Naturalmente la ejecutoriedad presupone que el acto sea ejecutivo, es decir, jurídicamente eficaz". Tras exponer como mejor que ejecutoriedad debiera decirse "ejecución forzosa", sigue: "Tal como queda delimitado el concepto, la ejecución forzosa supone una actuación material que se impone en alguna forma a los particulares. Su legitimación se encuentra cabalmente en el acto administrativo que se trata de ejecutar, hasta el punto que faltando tal acto, la actuación material deja de ser jurídica. En otro caso la Administración actuaría a través de una

(116) Ya he tratado de demostrar las limitaciones de esta afirmación .

vía de hecho que sin duda alguna, determinaría la responsabilidad patrimonial por los daños causados. Igualmente, el particular podría oponerse a ella incluso utilizando interdictos, por excepción al principio general que prohíbe su uso frente a la acción administrativa" (117).

En definitiva con las anteriores opiniones se alude a ese segundo término de la reproducida opinión de GONZALEZ PEREZ, es decir, a la "realización material de la decisión", sobre la que éste último autor entiende que "puede decirse de la ejecutoriedad, con Giannini, que es la posibilidad de ejecución coactiva del acto administrativo, o sea la posibilidad que tienen tales autoridades administrativas de usar los procedimientos administrativos de ejecución en caso de resistencia por parte de los sujetos obligados... en Derecho administrativo es acto ejecutorio aquél que puede dar lugar a un procedimiento administrativo de ejecución" (118); a lo que, más adelante, añade que "no todos los actos administrativos postulan la idea de ejecución, sino sólo aquéllos que tengan por objeto prestaciones de servicios o bienes de la Administración hacia el administrado, o porque desplieguen sus efectos sustanciales hacia el administrado o un tercero. Todo mandato -se ha dicho- impone al ciudadano, al súbdito, un deber público de acción u omisión; le obliga a dar, hacer o no hacer cosa alguna" (119).

-
- (117) Cita los arts. 103 L.P.A. y 125 L.E.F., como fundamento de esta última afirmación. A ellos debe añadirse el 38 L.R.J.A.E. "Tratado..." vol. I cit., pgs. 553-554; el subrayado es mío.
- (118) "El Procedimiento..." cit., pg. 362.
- (119) "El Procedimiento..." cit., pgs. 1010-1011; el subrayado es mío.

Por lo que aquí interesa, de todo lo anterior se desprenden tres importantes ideas:

Primera: Que los dos primeros términos de ambos números del artículo 100 de la L.P.A., aluden a la idea de ejecución forzosa o acción de oficio (ejecutoriedad).

Segunda: Que no todos los actos administrativos comportan la idea de ejecutoriedad, sino sólo aquellos que, derivando ya ejecutividad (título ejecutivo: primera limitación), reúnan los caracteres indicados por los autores acabados de citar (segunda limitación).

Tercera: Que, en suma, la interpretación completa del art. 100 L.P.A. es que en él se consagran los principios de ejecutividad (segundos términos de sus dos números) y ejecución forzosa (primeros términos de los mismos (120) de los actos administrativos.

c) La "disposición".

En el art. 73, 1, la L.P.A. emplea un término diferente de los hasta ahora analizados, pero íntimamente relacionado con ellos, especialmente con el "acuerdo" al que lo iguala en su n° 2: "disponer", su acción la "disposición".

(120) En contra de la opinión de GONZALEZ PEREZ ("El Procedimiento..." cit., pgs. 1008-1009), según el cual el privilegio de acción de oficio "se encuentra solamente consagrado en el artículo 102 L.P.A.". En mi opinión, no sólo, sino también.

El contenido del artículo (el "por propia iniciativa o a instancia de los interesados"; el implicar una expresión de la voluntad administrativa; y el rechazar explícitamente la posibilidad de recurso) permite pensar que está regulando una resolución. Pero lo hace mediante un término extraordinariamente inadecuado: la "disposición", olvidando que el mismo tiene un significado técnico muy preciso a tenor del Cap. I del Tít. VI de la propia L.P.A. y, especialmente, del Tít. III de la L.R.J.A.E. ("De las disposiciones y resoluciones administrativas"). El término en relación con el contenido evoca la distinción acto-norma.

Desde luego que la palabra es gramaticalmente correcta ("disponer", en segunda acepción, es "deliberar, determinar, decidir, resolver") y, además, el que la "disposición" de que habla el artículo 73 emane, según el mismo, del "Jefe de Sección o Dependencia donde se inicie o en que se tramite cualquier expediente", impide toda confusión con una auténtica disposición (de contenido normativo), ya que estos órganos carecen de potestad reglamentaria. Más, ello no obsta para que siga teniendo fuerza la crítica que supone el señalar que, habiendo vocabulario adecuado, no tiene porque emplearse una palabra extraña al tema que, además, tiene un significado jurídico concreto respecto de otro diferente tema.

d) La "orden".

En los arts. 74, 2 y 140, 2, se utiliza otro término que, en el presente análisis merece atención: la "orden". En ambos artículos merece su empleo repulsa, pero conviene advertir rápidamente que por motivos distintos, ya que no están utiliza-

dos con el mismo significado.

En efecto. El art. 140, n° 2, párr. 2°, habla de "proyecto de orden resolutoria" que puede elevar la Dirección General de lo Contencioso al Ministro Correspondiente. Con la "orden" se alude aquí a la forma, mientras que el que sea "resolutoria" es el contenido. Hay que vincular, pues, la primera de estas palabras con el art. 25 de la L.R.J.A.E. y, como consecuencia de esta relación, concluir que el uso de la expresión "orden resolutoria" es correcto. Sin embargo, conforme antes decía, merece una crítica en el sentido de resaltar que la L.P.A. no está dictada para regular las formas (D., O.M., etc.), sino que de estas trata la L.R.J.A.E. a la que la primera debe ir referida. Sería técnicamente más correcto, que el citado artículo hablara simplemente de "proyecto de resolución".

El art. 74, 2 ("orden motivada y escrita en contrario"), se refiere a la "orden" dada por el Jefe de la Dependencia, lo que (a la vista del sujeto) evita, dado el art. 25 L.R.J.A.E., la confusión con la forma recogida en esta última norma.

La cuestión estriba en si esta "orden" del art. 74, 2 tiene también contenido de resolución y, en consecuencia, si se contesta afirmativamente, debe ser la palabra "resolución" la que tendría que emplearse en lugar de la "orden".

En mi opinión, efectivamente posee dicho carácter de acto de trámite decisorio (= resolución) (121), pero, aunque se opine lo contrario, tampoco

(121) En la medida en que ya he indicado la posibilidad de considerar que son resoluciones algunos actos simples que, aún siendo a la vez actos de trámite, reúnan determinadas características, que el acto que ahora se contempla parece reunir.

es correcto el uso del término "orden", puesto que, en todo caso, se trata de un acto y ésta sería la palabra a emplear que, además, por abarcar tanto el acto de trámite ordinario cuanto al acto de trámite de resolución, no compromete el contenido que, de esta forma, quedaría a la sujeción del intérprete (122),

- e) La "resolución" de los arts. 79, 2; 117, 2 y 128, 1.

Analizaré, finalmente, tres preceptos en los que el término "resolución" está probablen-temente utilizado. Me refiero a los arts. 79, 2; 117, 2 y 128, 1.

En el primero de ellos, se habla de notificación de la "resolución o acto" en la que se indicará "si es o no definitivo en la vía administrativa" y los recursos que proceden contra la resolución ("la misma"). Pues bien, esta norma o bien parece olvidarse de la existencia de otra posterior, la contenida en el art. 113, que permite recurrir actos que no sean resolución (entendida ésta como acto definitivo), o bien está operando con un concepto más amplio (y, a mi entender, más correcto) de resolución que el acabado de apuntar; concepto que abarcaría tanto los actos definitivos (las "resoluciones" del art. 113), cuanto los "actos que determinen la imposibilidad de continuar un procedimien-

- (122) En idéntico sentido, el art. 20, 4, que dice: "Los órganos superiores podrán ordenar a las personas en quienes se dé alguna de las circunstancias señaladas que se abstengan de toda intervención en el expediente", debería decir: "Los órganos superiores podrán dictar acto ordenando...".

to o produzcan indefensión" (art. 113), como, por último, a cualesquiera otros, ya anteriores al definitivo (de lege lata respecto de los actos que la ley expresamente impide que sean recurrido, siempre que se entienda que la obligación de indicar los recursos procedentes en la notificación, comprende también la de señalar la imposibilidad de impugnar en los casos en que la ley lo declara expresamente, y de lege ferenda en los demás casos y en los anteriores si no se llega a la aludida conclusión), ya posteriores al mismo, que, aún no reuniendo tales características, posean las que permitan definirlos como resoluciones.

Los arts. 117, 2 y 128, 1, hablan de "resolución impugnada". Esta igualdad de los términos no se traduce, sin embargo, en identidad de naturalezas.

Efectivamente, el art. 117 está encuadrado en la Secc. 1a del Cap. II del Tít. V de la L.P.A., respectivamente dedicados a los "principios generales" de los "Recursos administrativos" que se den en la "Revisión de los actos en vía administrativa". Es decir, extiende sus efectos a todos los recursos en general. Dicha Sección se inicia con el tantas veces mencionado art. 113, que concede posibilidad de recurrir tanto contra "resoluciones" (= actos definitivos) cuanto contra determinados actos de trámite. En consecuencia, es incorrecto que art. 117, 2 hable de "resolución impugnada", ya que, conforme el art. 113, no sólo son impugnables las "resoluciones", sino también los indicados actos de trámite. Lo correcto sería, pues, decir "acto impugnado", por cuanto abarca tanto a las unas como a los otros. A no ser, naturalmente, que el art. 117, 2 esté empleando un con

cepto de resolución más amplio que el de acto definitivo, de acuerdo con la explicación ya recogida en el punto anterior.

Está, en cambio, desde ambos puntos de vista bien empleada la expresión "resolución impugnada" del art. 128, 1, puesto que, incluido en la Secc. 4^a de los mismos Capítulo y Título antes mencionados, dedicada al "recurso de revisión", se refiere al que tiene que ser un acto administrativo firme (art. 127, párr. inicial), el cual es de por sí una resolución. Parece, sin embargo, que, habida cuenta de que sí es cierto que todo acto firme es una resolución, en cambio, no toda resolución es un acto firme, sería mejor emplear ésta última expresión.

C) CONCLUSIONES:a) En general:

He partido de la base de que la resolución pertenece a la categoría del acto administrativo. Ello sirve de marco y permite las siguientes afirmaciones:

Primera: Que se renuncia, por el momento, a entrar en la consideración de si las normas, o algunas de ellas, pueden estimarse resoluciones por lo que se refiere a este elemento del art. 358 C.p.

Segunda: Que el acto administrativo es el género y la resolución la especie. En otras palabras: que si bien toda resolución es un acto administrativo, no todo acto administrativo tiene porque ser una resolución.

Tercera: Que, partiendo de la clasificación de los actos administrativos en simples y compuestos, puede decirse que la Administración se desenvuelve generalmente a través de los segundos, más concretamente (dentro de ellos) con actos-procedimiento (actos compuestos en sentido estricto). Esto implica.

1.- Que todos los actos simples que reúnen las características definitorias a que se trata de llegar, son ya resoluciones. Es decir, existe una concentración, en cuanto no son precisos actos de trámite, del espacio que va de la iniciación del acto, por parte del interesado o de oficio, y la definitiva manifestación de la Administración sobre tal

iniciación o acto buscado con la misma.

2.- Que los actos compuestos en sentido estricto o actos-procedimiento, significan una sucesión de actos, el último de los cuales es el definitivo; que si éste es ya una resolución ello no implica que sus predecesores no lo sean, pero tampoco que todos y cada uno participen de esta naturaleza: lo serán todos aquellos que reúnan las características definitorias y, por supuesto, aquellos que, emanados como consecuencia de estos, posean esas mismas características, a los que se pueden denominar resoluciones adyacentes (actos surgidos como consecuencia de un acto-procedimiento en trámite, pero no preordenados al acto definitivo-resolución de aquél acto-procedimiento).

3.- Que dentro de los actos administrativos compuestos, los llamados por alguna doctrina "actos administrativos compuestos objetivamente homogéneos" (123), desglosados en contratos y actos administrativos complejos, no son, en contra de esa doctrina que da un valor generalizador y poco preciso al término "acto", todos actos administrativos: no lo son los contratos. Lo que no quiere decir que no admita la existencia de actos anteriores a la formalización del contrato. Respecto de los complejos, afirma ENTRENA que "hoy, en lo relativo a la Administración estatal,

(123) Massimo Severo GIANNINI, "Lezioni di diritto amministrativo", Vol. 1º, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1950, pg. 283; también R. ENTRENA, "El acto administrativo complejo en la esfera local", R.E.V.L. n° 95, septiembre-octubre 1957, pgs. 656-676.

resulta imposible encontrar actos complejos resolutorios de un expediente, puesto que hacia el exterior el acto aparece como una manifestación de voluntad del ministro que lo firma; no de los ministros que hicieron la propuesta; la complejidad existirá, entonces, en un momento anterior, el de la propuesta, si es que se realiza conjuntamente; a nivel, por tanto, de un acto trámite; en las otras esferas de la Administración, tampoco hemos encontrado ningún ejemplo de acto complejo definitivo" (124). Ahora bien, ya he indicado que si bien el acto definitivo, acto "resolutorio de un expediente", es una resolución, ello no implica que los actos anteriores a él que lo determinan (actos-trámite), no lo pueden ser a su vez.

Cuarta: Que el acto administrativo dictado para solventar un recurso en vía administrativa es ya una resolución.

Quinta: Que todo acto que causa estado es resolución.

Sexta: Que todo acto firme es resolución.

b) Características definitorias:

Primero: En cuanto a la forma.

- 1.- La resolución es normalmente expresa, pero puede ser también presunta (silencio administrativo) y tácita (por ejemplo, en la reclamación en queja).

(124) "Curso..." cit., pgs. 492-493; los subrayados en el original.

- 2.- La resolución es normalmente escrita, pero puede ser también oral y mímica.

Segundo: En cuando al contenido.

- 1.- La resolución tiene un contenido decisorio, es una "decisión" o "declaración de voluntad".
- 2.- Existen actos de los llamados de trámite, esto es, por tanto, no coincidentes con las "resoluciones" de los arts. 92 y sgs. de la L.P.A., que también contienen "decisiones de voluntad (por ejemplo, denegar una prueba, admitir la condición de interesado de un tercero, recabar un dictamen, etc.)" (125); ello implica un principio de equiparación a resolución, es decir, que de reunir las demás características definitorias serían resoluciones, conforme a un concepto de estas más amplio que el que proporcionan los artículos acabados de referir.
- 3.- En el mismo sentido anterior, pero aún más claramente, opera la interpretación del art. 100 L.P.A., que aunque estudiada en el apartado de denominación tiene, en conclusiones, su principal manifestación en el presente apartado; interpretación a tenor de la cual hay base para afirmar que los actos administrativos, ya definitivos, ya de trámite, cuyo contenido sea una decisión, son por eso mismo, si reúnen las demás características definitorias, resoluciones.

(125) GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." T. I cit. pg. 393.

Tercero: En cuanto a los efectos.

1.- La resolución normalmente pone fin al procedimiento (al acto-procedimiento), pero puede también no producir este efecto: 1) bien porque siendo un acto simple no incardinado en el acto-procedimiento alguno, no puede poner fin a más procedimiento que al que (si así quiere llamársele) implica la operación material de su dictado; 2) bien porque a pesar de estar incardinado en un acto-procedimiento, se independiza de ésta y, al margen de la resolución (o además de la resolución) que culminará dicho acto-procedimiento, pone fin a un procedimiento adyacente a éste último pero no a él; 3) bien (de aceptarse la tesis propuesta para el art. 73 L.P.A.) porque al tratarse de actos incluidos dentro de un acto-procedimiento pero diferentes del que remata a éste, a los que la ley, de algún modo, al asignarles efectos propios de una "resolución" equipara a ésta, no pueden por definición poner fin a dicho procedimiento ; 4) o bien, por último, porque al ser una resolución de un recurso no pone fin al procedimiento principal, sino al subsiguiente a éste.

2.- La resolución normalmente produce la apertura de la vía de recurso, pero puede también no producir este efecto, no ya sólo porque pueda ser una resolución irrecurrible (en cuanto a recurso ordinario) al poner fin a la vía administrativa (ya directamente, ya por ser resolución del último recurso administrativo ordinario), sino también porque existen resoluciones que estando dictadas en procedimientos ad

yacente al principal, son irrecurribles (por ejemplo, queja) e incluso, de aceptarse la tesis de equiparación propuesta en el análisis del art. 73 L.P.A., porque se presenta algún caso de acto equiparable a resolución, dictado en el procedimiento principal e irrecurrible.

- 3.- Hay actos que pueden considerarse legalmente equiparados a "resolución", en la medida en que producen uno de sus efectos normales principales (abrir la vía de recurso) y un segundo efecto paralelo al de poner fin al procedimiento administrativo (imposibilidad de continuar el procedimiento o producir indefensión). Son los actos de este tipo previstos en el art. 113 L.P.A.

Cuarto: En cuanto a la denominación.

La L.P.A., no se refiere a la resolución siempre con este término, sino también con los de "acuerdo", "disposición", "decisión" y "orden", más, ello no quiere decir, como obviamente se desprende de estos mismos términos, que siempre que se utilicen aludan a una resolución. Con lo que queda abierto el interrogante de si siempre que se utiliza el término "resolución", se está aludiendo a una auténtica resolución (ejemplo más claro, las "resoluciones provisionales" del art. 121 L.P.A.).

3. La "resolución" en el Decreto 1408/1966 de 2 de Junio, de adaptación de la L.P.A. a los Departamentos militares.

En el examen de la presente normativa me atenderé, como es lógico, sólo a aquéllo que suponga modificación respecto de la L.P.A.

A) En cuanto a la forma.

Ninguno de los artículos modificados se refiere a ella. Se mantiene, pues, las conclusiones ya indicadas en el análisis de la L.P.A.

B) En cuanto al contenido.

El art. 6, aún variando algunos de los términos del correspondiente 6° de la L.P.A., permite sustentar las mismas afirmaciones que hice en el estudio de este último. Es decir, que, inmediatamente consideradas, las "resoluciones de los asuntos de escasa importancia" a que dicha norma se refiere, contienen una decisión, aunque el acto de ella derivado sea, propiamente, una declaración de conocimiento.

Por lo demás, sólo los arts. 119 (126) y 123, 1 y 2 (127), se relacionan con el tema del presente apartado y lo hacen en el sentido de que el contenido

-
- (126) Art. 119: "La autoridad que resuelva el recurso decidirá cuantas cuestiones plantee el expediente, hayan sido o no alegadas por los interesados. En este último caso se les oírán previamente por escrito".
- (127) Art. 123: "1. El recurso interpuesto por los militares se elevará al superior jerárquico que deba decidirlo y se cursará por conducto reglamentario.
2. Si el recurrente no es militar, el recurso podrá presentarse tanto ante el órgano que dictó el acto que se impugna como ante el superior jerárquico que debe decidirlo".

do de las resoluciones que solventan los recursos es decisivo. No hay, pues, alteración de la conclusión a este respecto sentada en el análisis de la L.P.A.

C) En cuanto a los efectos.

A este tema, y no de modo directo, se refieren los arts. 113, 2; 114, 1, b); 116; y 123, 2 y 3, en los que se alude a la posibilidad de que los "actos" sean recurridos. La utilización de este término en lugar del de "resoluciones", debe estimarse más correcta, tanto desde el punto de vista que identifica "resolución" con "acto definitivo" (puesto que, a tenor del art. 113, 1, no sólo son recurribles los actos definitivos, sino también determinados actos de trámite), cuanto desde la perspectiva de un concepto de resolución más amplio que el de acto definitivo (puesto que existen resoluciones irrecurribles).

D) En cuanto a la denominación (128).

Nuevamente aparecen los términos "resolución. y "resolver", "acuerdo" y "acordar" y "acto", a veces correcta y a veces incorrectamente empleados siguiendo la tónica de los propios términos de la L.P.A., confirmándose ahora las apreciaciones hechas respecto a los mismos en el análisis de esa ley.

(128) V. arts. 6; 21, 2 a); 33, 3; 43, 1, b) y e); 46, 1; 58, 1 y 2; 61, 2; 63, 2; 65, 1; 77, 5; 78, 2; 101; 113, 2; 114, 1, b); 116; 119; 120, 2; 121; 123, 2 y 3; y 135, 2.

De modo similar, se emplean en el art. 121 las expresiones problemáticas "resolución de trámite" y "resolución definitiva", en cuya interpretación se llega a los mismos resultados en la de las "resoluciones provisionales" y "de definitivas" del art. 121 L.P.A.

Como innovación debe resaltarse el término "provea" del art. 33, 3 (129), con el que se aviene la expresión "proveído de oficio" del art. 65, 1 (130), que también se usa en el mismo artículo y número de la L.P.A. Con ellos parece que se alude a la "providencia", término mucho más empleado antiguamente que en la actualidad por lo que a la actividad administrativa se refiere.

La pregunta pertinente es si la "providencia" tiene carácter de "resolución". Cabe responder que en el primer caso (art. 33, 3) sí; se trata de un "acto-simple-resolución", de una decisión del Ministerio militar sobre el asunto a que se refiere dicho artículo. En el segundo

(129) Art. 33, 3: "Cuando un Centro u Organismo militar sea objeto de reiteradas o excesivas peticiones de datos estadísticos por parte de otros Organismos lo comunicará al Ministerio militar de quien dependa por conducto reglamentario para que éste provea lo pertinente o lo ponga, en su caso, en conocimiento de la Presidencia del Gobierno si el peticionario de los datos no dependiere de su autoridad".

(130) Art. 65, 1: "En todo Ministerio y Organismo autónomo se llevará para todas sus dependencias radicadas en un mismo inmueble un registro general, en el que se hará el correspondiente asunto de todo escrito, comunicación u oficio que sea presentado o que se reciba en cualquiera de dichas Dependencias, y de los proveídos de oficio que hayan de iniciar el procedimiento, cuando así lo acordare la autoridad que los adopte".

caso (art. 65, 1), se alude claramente a un acto de trámite consistente en la iniciación (de oficio) de un procedimiento; el supuesto es similar a los que plantea el art. 6: existe, ciertamente, una decisión, la de iniciar el procedimiento, más, el acto que de ella se deriva no tiene propiamente contenido decisorio, sino que comienza un acto-procedimiento en cuyo transcurso, y desde luego a su final, se pueden producir distintas decisiones; pero también puede suceder que estas no se produzcan: iniciado el procedimiento de oficio, igualmente es susceptible de ser suspendido por voluntad unilateral de la Administración (o a instancia de parte), lo que (en cualquiera de ambos casos) implica una nueva decisión; desde este punto de vista, ambas poseen el carácter de una resolución.

E) Conclusiones.

- a) Se mantienen las que respecto a la forma de la resolución se extraían del análisis de la L.P.A.
- b) Se mantienen y ratifican las concernientes al contenido y efectos de las resoluciones sentadas al estudiar la L.P.A.
- c) También se mantienen y ratifican las correspondientes a la denominación de la resolución en dicho estudio y se añade a las mismas que bajo la denominación "proveído" (o "providencia") pueden designarse actos de contenido decisorio que, en función de ello, sí reúnen las demás características definitivas, deben considerarse resoluciones.

4. La "resolución" en la L.R.J.A.E., Texto refundido de 26 de julio de 1957.

A) En cuanto a la forma.

Nada dice explícitamente la L.R.J.A.E. en cuanto a los puntos tratados en el análisis de la L.P.A. de si la "resolución" es expresa, presunto o tácita, escrita, oral o mímica. La presente Ley se refiere a la forma de la "resolución" desde el punto de vista del rango jerárquico, y en este sentido hay que entender la Exposición de Motivos apartado VII, cuando habla de que "el Título III regula la forma que han de revestir las disposiciones y resoluciones del Gobierno y de sus Comisiones Delegadas, Ministros y demás autoridades".

A tenor, pues, de las aludidas normas del Título III, hay que indicar que:

"Adoptarán la forma de Decreto... las resoluciones del Consejo de Ministros, cuando así lo exija alguna disposición legal, y serán firmadas por el Jefe del Estado y refrendadas por el Ministro a quien corresponda", añadiendo que "si afectare a varios Ministerios, el Decreto se dictará a propuesta de los Ministros interesados, y será refrendado por el Presidente del Gobierno o el Ministro Subsecretario de la Presidencia"

(131). De donde se desprende (132) la forma es-

(131) Art. 24, 1 y 2 respectivamente. También a esta forma de D. aluden los arts. 10, n° 17 y 22, n° 3, a). En relación con este último art. hay que tener en cuenta el 32, 2.

(132) Y también claramente del n° 3 del propio art. 24.

crita de estas resoluciones.

"Las resoluciones de los Ministros adoptarán la forma de Ordenes e irán firmadas por el titular del Departamento" (133). Igualmente aquí el requisito de la firma implica la forma escrita.

Al igual que: "Cuando la... resolución administrativa dimanare de una Comisión Delegada del Gobierno o afecte a varios Departamentos revestirá la forma de Orden del Ministro competente o de la Presidencia del Gobierno, dictada a propuesta de los Ministros interesados, constante, además, en el primer caso, en el libro de actas correspondiente" (134).

B) En cuanto al contenido.

En las pocas ocasiones en que la ley en análisis se refiere al contenido de las "resoluciones" de que trata, este contenido es una decisión (135). Por lo demás, téngase en cuenta, de un lado, que la L.R.J.A.E. se refiere especialmente a "los altos organismos del Estado" (E. de M., V, párr. 2º), más aptos que los demás organismos de la Administración para que su actividad se materialice en decisiones, que no en declaraciones de conocimiento, de juicio o de deseo; por otra parte, la propia E. de M. indica que la enumeración de las facultades que incumben a tales "altos órganos del Estado" es "ad

(133) Art. 25, 1.

(134) Art. 125, 2. A estas formas alude también la disp. adicional primera.

(135) Así, art. 10, nº 13 y art. 11, nº 4.

exemplum" (136), por lo que debe pensarse en las otras muchas resoluciones dictadas por dicho órgano que la presente ley no contempla explícitamente.

C) En cuanto a los efectos.

Ningún artículo de la L.R.J.A.E. se refiere al posible efecto de poner fin al procedimiento. En cuanto al de abrir la vía de recurso administrativo, viene, si que indirectamente y no de modo general, aludido en el art. 14, 7.

Trata, en cambio, la ley en estudio de algunos efectos no generalizables para todas las resoluciones, pero de importantes consecuencias en aquellas que los producen. Así, se refiere a la posibilidad de que algunas resoluciones abran la vía de recurso contencioso-administrativo (art. 40, 3) y enumera en el art. 36 "las resoluciones de los órganos y autoridades" que ponen fin a la vía administrativa.

De mayor interés que lo anterior es aclarar el verdadero alcance de los términos empleados en la E. de M., apartado VII, cuando habla del "carácter ejecutivo" de las resoluciones y su "irrevocabilidad, en principio, cuando sean de-

(136) E. de M., V, párr. 2º: "No es propósito de esta Ley enumerar una por una todas las facultades que incumben a los altos órganos del Estado; ...no... una lista exhaustiva de sus competencias, sino tan sólo la enumeración de las que por su trascendencia jurídica y administrativa parece convenientemente reunir en un sólo texto legal".

claratorias de derechos".

En cuanto al primero de estos puntos (el "caracter ejecutivo" de las "resoluciones"), cabe decir lo siguiente: conforme he intentado de mostrar a través de la interpretación del art. 100 de la L.P.A., gozan de caracter ejecutivo todos los actos administrativos, sean definitivos o de trámite, de contenido decisorio (137). En consecuencia, si en el mencionado apartado VII de la L.R.J.A.E. se identifican "resoluciones" con actos definitivos, no puede decirse que la afirmación de que las resoluciones poseen caracter ejecutivo sea totalmente errónea, puesto que, efectivamente, los actos definitivos, en cuanto "decisiones" que son (art. 93, 1 de la L.P.A.), están dotados de ese caracter, pero sí puede decirse que es parcial, puesto que no sólo son los actos definitivos los que tienen caracter ejecutivo, sino, como queda dicho, también aquellos de entre los de trámite que sean decisiones. Si, diferentemente, en dicho apartado de la E. de M. de la L.R.J.A.E., se adopta un concepto de resolución más amplio, necesariamente se concluye, a tenor de lo acabado de señalar, que dicho concepto es el de actos administrativos decisorios tanto definitivos como de trámite, con lo que, de un lado, la

(137) V. también, en este sentido, los arts. 33 de la L.R.J.A.E. (que atribuye carácter ejecutivo a los "actos y acuerdos de la Administración del Estado") y el 44 ("los actos de la Administración sujetos a Derecho público serán ejecutivos") de la Secc. 2ª ("Eficacia") del Cap. II (referido a los "actos en general"), del Tít. III de la L.P.A.

expresión "carácter ejecutivo" de las "resoluciones", es correcta y, de otra parte, se ratifica con ello un concepto de resolución más amplio, y, en mi opinión, más exacto, que el que parecen suministrar los arts. 92 y sgs. de la L.P.A., ("concepto convencional de resolución").

En cuanto al segundo efecto atribuido a las "resoluciones" en el apartado VII de la E. de M. de la L.R.J.A.E., es decir, "su irrevocabilidad, en principio, cuando sean declaratorias de derechos", puede decirse, paralelamente respecto de lo señalado para el anterior, que es un efecto que producen no sólo las resoluciones-actos definitivos declaratorios de derechos, sino todo acto que posea este contenido. Confirma esta opinión la referencia a "actos declarativos de derechos" del art. 37 de la L.R.J.A.E., modificado por los 109 y 110 de la L.P.A., igualmente referidos a "actos".

Debe, sin embargo, matizarse que, por lo general, un acto declarativo de derechos será un acto definitivo (138). Pero, en todo caso, se-

(138) Sobre los actos declarativos de derechos, V. las definiciones del Dictamen del Consejo de Estado de 23-XI-1957 (citado por T.-R. FERNANDEZ, "Curso..." T. I cit., pg. 469 y de GARCIA DE ENTERRIA, "Curso...", T. I cit., pg. 394, así como los ejemplos aportados por este último autor en ob. y pg. cit. y en "Apuntes...." T. II cit., pgs. 148-152).

rá una resolución, según el concepto amplio de esta antes señalado (139).

Existen razones de derecho positivo que abonan esta opinión. En efecto, según GONZALEZ PEREZ (140) "si el acto que resuelva el procedimiento (de anulación de actos declarativos de derechos) considera que no se da la infracción manifiesta de la ley (141) y, en consecuencia, confirma el acto, no es admisible la impugnación procesal del mismo, por darse la excepción de acto confirmativo" (142). Trasládemos, pues,

-
- (139) Quizá convendría distinguir los actos declarativos de derechos de los actos que crean expectativas de derechos, sobre los que podría controvertirse lo afirmado respecto a los declarativos. Entiendo que tal controversia sólo eliminaría el primer término de la afirmación aludida, esto es, la necesidad de que sean actos definitivos, pero no la validez del segundo, es decir, la precisión de que sean resoluciones: la propuesta para la concesión de una condecoración o la propuesta de nombramiento de un funcionario, no son actos definitivos; más, la selección entre los que pueden aspirar a la primera o la decisión recaída en la oposición previa que supone el segundo, implican actos de posible naturaleza resolutoria.
- (140) "El Procedimiento..." cit. pg. 732.
- (141) Primer requisito que exige el art. 110, 2 L.P.A., para que la Administración pueda anular los actos declarativos de derechos sin necesidad de declaración de lesividad e impugnación ante la jurisdicción.
- (142) Según el art. 40 de la L.J.C.A.: "No se admitirá recurso contencioso-administrativo respecto de: a) Los actos que sean reproducción de otros anteriores que sean definitivos y firmes y los confirmatorios de acuerdos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma".

la cuestión a la averiguación de la naturaleza del acto que puede ser confirmatorio y, por ende, al acto confirmatorio en sí.

Según GARCIA DE ENTERRIA, la distinción versa sobre el "acto originario", que es el que "resuelve por primera vez un asunto", y el "acto confirmatorio", que es el que "incide sobre una resolución ya previamente tomada" (143). Los términos subrayados evitarían todo comentario si no fuera porque para este autor "resolución es exclusivamente el "acto definitivo" (144). Queda entonces abierta la cuestión. Cuestión que, a mi entender, se solventa de la manera siguiente:

Se dice que un acto es firme, o que ha ganado firmeza, cuando es irrecurrible bien directamente, bien porque se han agotado todos los recursos legalmente posibles, bien porque se han dejado pasar los plazos legales para interponer recurso. En estos últimos casos se habla de "acto consentido". Pues bien, cuando un "acto consentido resultado confirmado por un acto posterior, este es irrecurrible en vía contencioso-administrativa (argumento del art. 40 L.J.C.A.), lo que "se aplica igualmente en lo administrativo" (145).

(143) "Apuntes..." T. II cit., pg. 158; los subrayados son míos.

(144) V. "Apuntes..." T. II cit., pgs. 155-157 y "Curso ..." T. I cit., pgs. 392-394.

(145) GARCIA DE ENTERRIA, "Apuntes..." T. II cit., pg. 158.

De lo que se deduce: Primero, que sólo son "confirmables" los "actos consentidos" y Segundo, que sólo pueden ser "actos consentidos" los actos recurribles. Y actos recurribles, según el art. 113, 1 L.P.A., son "las resoluciones administrativas y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión".

Luego, si se parte de la base de que el acto resolutor de la revisión de oficio de un acto declarativo de derechos, que estima que no hay infracción manifiesta de la ley, es un "acto confirmatorio" del declarativo de derechos, de ello se desprende que éste último es un "acto consentido", en consecuencia, terrible y, por tanto, o una "resolución administrativa" (acto definitivo) o un "acto de trámite que determine la imposibilidad de continuar un procedimiento o produce indefensión".

De donde se concluye que, como señalaba al principio, el acto declarativo de derechos o es un acto definitivo o un acto de trámite dotado de alguna de las cualificaciones que recoge el art. 113 L.P.A. Y en la medida en que se piensa que, según el concepto amplio de resolución, tales actos de trámite son resoluciones, hay que afirmar que los actos declarativos de derechos son siempre resoluciones.

D) En cuanto a la denominación.

Al margen de que en numerosas ocasiones la presente ley para referirse a las resoluciones o actos de la Administración, emplea términos

que significan el contenido material de los mismos, respecto a lo que ahora interesa debe resaltarse que se encuentra en la L.R.J.A.E. la misma variedad de denominaciones ya indicada en el análisis de la L.P.A.: "resolver" y "resolución", "acordar" y "acuerdo", "decidir" y "decisión". Podrían traerse aquí muchas de las críticas apuntadas al respecto en dicho análisis.

Parece entonces más lógico estudiar singularmente sólo los términos que supongan novedad en relación a los ya vistos en la L.P.A. Estos términos simplemente son dos: el "dictamen" a que se refiere el art. 24, 3 y las "providencias" del 38.

Correctamente utilizado el primero de estos términos, poco hay que decir respecto a él.

"Dictamen" viene a significar aquí la acción de dictar y, refiriéndose el art. 24 tanto a disposiciones cuanto a resoluciones, nada sustantivo dice respecto a estas últimas.

Mayor atención merece el término "providencias" del art. 38 (146). En inmediata conexión

(146) Art. 38: "Contra las providencias dictadas por las autoridades administrativas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido, no procede la acción interdictal".

Especialmente merece esa mayor atención, si se tiene en cuenta que para el C.p. de 1848 se incurría en prevaricación administrativa a través de "providencias o resolución" (art. 263), al igual que en el de 1850 (art. 270), 1870 (art. 369) y 1928 (art. 419), conservándose sólo el término "resolución" en el de 1932 (art. 363), lo que pasaría al C.p. de 1944 y de ahí en adelante. Lógica consecuencia de este cambio es preguntarse las razones del mis-

con este precepto hay que situar el 103 de la L.P.A. (147) y el 125 de la Ley de Expropiación Forzosa (148). De todos ellos, el 103 L.P.A. es el que ilumina la interpretación a que se trata de llegar: en efecto, situado en el Cap. V del Tít. IV, esto es, en la "Ejecución", este será obligadamente el tema que enmarque dicha interpretación.

(146)....

mo, en concreto si se encuentran en que el legislador entendió que la moderna significación del término "resolución" abarcaba la del de "providencia" y, por tanto, no era preciso singularizar esta, nombrándola aparte, para indicar que también a través de ella puede incurrirse en prevaricación.

(147) Art. 103 L.P.A.: "No se admitirán interdictos contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido".

(148) El art. 125 L.E.F., dice: "Siempre que sin haberse cumplido los requisitos sustanciales de declaración de utilidad pública o interés social, necesidad de ocupación y previo pago o depósito, según proceda, en los términos establecidos en esta Ley, la Administración ocupare o intentase ocupar la cosa objeto de la expropiación, el interesado podrá utilizar, aparte de los demás medios legalmente procedentes, los interdictos de retener y recobrar para que los jueces le amparen y, en su caso, le reintegren en su posesión amenazada o perdida".

Partiendo, pues, de ello, se hace necesario sentar algunas precisiones:

Primera: Desde hace tiempo la doctrina distingue, al hablar de la ejecución de los actos administrativos, la ejecutividad de estos de la ejecutoriedad de los mismos (149), el privilegio de la decisión ejecutiva del privilegio de la acción de oficio (150), la ejecutividad de la ejecución forzosa (151), entendiendo por lo primero al privilegio que tiene la Administración, en detrimento de la Jurisdicción, de que sus actos sean títulos directamente ejecutivos, es decir, excluidos de la intervención judicial que declarararía como existente la relación en que el acto consista y, consiguientemente, dictaría una sentencia en este sentido que, así, sería el título directamente ejecutivo. Mientras que al segundo miembro de la distinción se le da el significado de excluir el procedimiento ejecutivo de la Ley de Enjuiciamiento Civil -L.E.C. (152)-, esto es, que la propia Administración está legitimada para, caso de inejecución por parte del destinatario del acto, desarrollar por sí las actuaciones materiales que aseguren la obtención de lo que se perseguía con el acto.

-
- (149) V. Nemesio RODRIGUEZ MORO, "La ejecutividad del acto administrativo (con especiales referencias a lo municipal)", Madrid, Publicaciones del Instituto de Administración Local, 1949, pgs. 32-33.
- (150) V. GONZALEZ PEREZ, "El Procedimiento..." cit., pgs. 358-359, 745-746 y 1007-1036.
- (151) V. GARRIDO FALLA, "Tratado..." vol. I cit..., pgs. 553 y sgs.
- (152) Art. 1429, párr. 1º de la L.E.C.: "La acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución".

Segunda: Los interdictos que conoce nuestro derecho son los de adquirir, retener, recobrar, obra nueva y obra ruinosa (art. 1631 L.E.C.). Respecto al primero de ellos se dice que "el llamado interdicto de adquirir no es, en realidad, un interdicto, ni por su finalidad ni por su historia; concretamente, no es un medio defensivo de la posesión física y actualmente tenida, sino un procedimiento encaminado a proporcionar a quien tiene un título hereditario la posesión de los bienes que le corresponden en la herencia, en virtud del "ius possidendi" que el dicho título le confiere, pudiendo así hacer notoria la posesión civilísima que el heredero adquiere por obra del artículo 440 del Código Civil, en cuanto declara transmitido a él, "ipso iure", la posesión de dichos bienes sin interrupción y desde el momento de la defunción del causante" (153). El interdicto de retener está "destinado a proteger la posesión actual como hecho, o el hecho de la posesión contra las "perturbaciones" que la dañan, consistentes en actos que no significan privación de ellas al poseedor (154). El de recobrar "es un procedimiento de igual clase (que el de retener), cuya finalidad es proteger ese mismo hecho contra el "despojo" consumado en daño del poseedor (artículo 1651)" (155). El interdicto de obra nueva

(153) Leonardo PRIETO-CASTRO, "Derecho Procesal Civil", vol. 2º, Madrid, 1969, pg. 158.

(154) Mismo autor y ob. de la n. anterior, pg. 97.

(155) Mismo autor, ob. y pg. de la n. anterior.

está "destinado a proteger la propiedad, la posesión o cualquier otro derecho real (principalmente servidumbres) perturbado por efecto de una obra" (156). El de obra ruinosa "puede tener dos finalidades: o bien la adopción de medidas urgentes de precaución, a fin de evitar los riesgos que pueda ofrecer el mal estado de algún edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo cuya caída pueda causar daño a las personas o en las cosas, o bien la demolición de una "obra ruinosa" (157).

Tercera: La acción interdictal, de haber sido posible su ejercicio (158), tendría carácter de reacción del particular frente al previo acto que, dictado por la Administración, él cree atentatorio al derecho que intenta defender por medio del interdicto. Si el interdicto es una rección frente a un acto, ¿frente a qué actos podría ejercitarse de no existir la prohibición?, en otras palabras, si la prohibición existe es porque con los interdictos podría el destinatario del acto enervar la labor administrativa, considerada preferente, manifestada a través de sus actos, pero ¿qué tipo de actos? A esto sólo podrá responderse estudiando cada interdicto y extrayendo como consecuencia frente a qué actos

(156) Leonardo PRIETO-CASTRO, "Derecho Procesal Civil", vol. 2º, Madrid, 1969, pg. 112.

(157) Mismo autor, ob. y pg. de la n. anterior.

(158) Ya que sólo lo es cuando el acto está dictado con defecto de competencia o de procedimiento (argumento de los arts. 103 L.P.A. y 38 L.R.J.A.E.); un claro ej. lo proporciona el art. 125 L.E.F.

habría podido ejercitarse de no existir la prohibición y en qué momento de la actuación administrativa se habría realizado tal ejercicio.

Cuarta: No cabe duda de que con el término "providencia" la Ley habla de actos administrativos; pero, además, del cotejo de los artículos 38 L.R.J.A.E. y 103 L.P.A. hay que concluir que tales artículos son idénticos, salvo la diferencia de los términos "providencia dictadas por las Autoridades administrativas" (artículo 38) y "actuaciones de los órganos administrativos" (artículo 103); por lo que hay que concluir que "providencias" es igual a "actuaciones"; consecuentemente, ¿qué son las "actuaciones" a que se refiere el artículo 103 L.P.A.?

Comenzando por ésta última cuestión planteada:

Dice GONZALEZ PEREZ que "la existencia del acto administrativo implica la imposibilidad de que se entorpezca por ninguno de los medios procesales ordinarios la actuación material desarrollada por la Administración en ejecución del mismo, ni, por tanto, admitirse interdictos frente a ella. Este principio general se encontraba reconocido en varias disposiciones generales y ha sido consagrado en el artículo 30 L.R.J.A.E., y en el 103 L.P.A." (159).

El párrafo transcrito deja la duda de si los interdictos se ejercitarían (de no existir

(159) GONZALEZ PEREZ, "El Procedimiento..." cit., pg. 1010.

la prohibición o de darse la excepción que ella recoge) frente a los actos que son títulos ejecu tivos o frente a los actos que se dictan para la ejecución de los primeros dada la inejecución del destinatario de estos (actos ejecutorios o actos de ejecución forzosa). Es decir, si se in terponen los interdictos en fase de ejecutividad o en fase de ejecutoriedad, esto es, en este último caso, frente a los actos que indican alguno de los medios recogidos en el artículo 104 L.P.A. (160) como de ejecución forzosa. Aunque más parece inclinarse el autor citado, por estos últimos actos a través de los términos "actuación ma terial" que se ajustan mejor a ellos que no al simple dictado de un acto que lleva aparejado el ser título ejecutivo.

El mismo autor, más adelante (161), recoge un Decreto de 5 de diciembre de 1957 referido a un conflicto jurisdiccional que, entre otras co sas, dice: "...la providencia administrativa que haya de gozar de aquél privilegio de no poder

(160) Art. 104 L.P.A.: "La ejecución forzosa por la Admi nistración se efectuará por los siguientes medios: a) Apremio sobre el patrimonio. b) Ejecución sub sidiaria. c) Multa coercitiva. d) Compulsión sobre las personas".

(161) GONZALEZ PEREZ, "El Procedimiento..." cit., pg. 1010.

ser impugnada en vía interdictal ha de ser dictada con todos los requisitos que resultan precisos". Lo que mantiene la duda arriba expuesta, si bien ofrece una base para la identificación señalada en el apartado 4ª) entre los artículos 38 L.R.J.A.E. y 103 L.P.A. Continúa el mencionado autor diciendo: "cuando falta la decisión ejecutiva o el acto ha sido dictado por un órgano administrativo fuera de la órbita de su competencia material o con falta absoluta del procedimiento legalmente establecido, desaparece la posición privilegiada de la Administración y puede el particular reaccionar frente a ella por los procedimientos judiciales ordinarios, incluso el interdictal, como se reconoce expresamente en algún texto legal, como el artículo 125, L.E.F. "Parece que de este último texto se puede desprender, al contrario que del primero, que los interdictos se interpondrían no frente a los actos de ejecución forzosa sino frente al que origina el dictado de los mismos.

Realmente, la respuesta correcta la daría la solución a las cuestiones planteadas en el apartado 3º), esto es, el estudio en profundidad de cada uno de los interdictos para ver frente a qué tipo de actos se ejercitarían, lo que proporcionaría el momento en que tales actos se dictan, si en ejecutividad o en ejecución forzosa. Sin embargo, tal estudio supondría una extensión desmesurada para este trabajo y, en definitiva, en lo que aquí interesa, tenemos suficientemente delimitado el término "providencia".

Digo que el término "providencia" resulta

suficientemente delimitado, porque el más somero análisis de los interdictos refleja que estos se interpondrán unas veces frente a los actos-títulos-de-ejecución, otras frente a los actos de ejecución forzosa y otras frente a ninguno por no suponer reacción contra un acto previo de la Administración sino frente a una situación en que está implicada ésta. Por tanto el término "providencias" tiene que abarcar tanto a uno como a otro tipo de actos, con lo cual, vendrá a designar la nota común a ambos, nota que no es la de ser actos definitivos ("resolución" de los artículos 92 y siguientes L.P.A.) sino "decisiones" ("resolución" según la interpretación amplia de este término) (162).

E) En cuanto a los sujetos.

¿Quiénes pueden dictar "resoluciones"? La L.R.J.A.E. no es que responda exacta y exhaustivamente a esta pregunta, pero si permite, a través de varios de sus artículos, trazar una panorámica orientadora sobre el tema; así pues, a tenor de L.R.J.A.E. pueden dictar "resoluciones";

(162) La consecuencia, en relación con la cuestión planteada en la n. 146, es que el término "providencia" hoy sería redundante en la redacción del art. 358 y, quizás, también lo era cuando se suprimió en el correspondiente art. 363 del C.p. de 1932.

- 1) El Consejo de Ministros (163).
- 2) Las Comisiones Delegadas del Gobierno (164).
- 3) Las Comisiones de Subsecretarios (165).
- 4) Los Ministros (166).
- 5) Los Subsecretarios (167).
- 6) Los Directores Generales (168).
- 7) En general, las autoridades (169).
- 8) Los Jefes de Sección y los Organos locales delegados de la Administración (170).

Cabe dentro de este punto, resaltar que según el artículo 24 L.R.J.A.E., "1. Adoptarán la forma de Decreto... las resoluciones del Consejo de Ministros, cuando así lo exija alguna dispo...

-
- (163) Art. 10, especialmente, núms. 12, 13 y 17; art. 22, n° 3, a); art. 24, n° 1; y art. 36, n°1.
 - (164) E. de M., III, párr. último; E. de M., VII; art.11, especialmente, n° 4; art. 25, n° 2; art. 36, n° 1; y Disp. Adicional Primera.
 - (165) Art. 8.
 - (166) E. de M., VII; art. 14, especialmente, núms. 7 y 8; art. 25, n° 1; art. 36, n° 2; y Disp. Adicional Primera.
 - (167) Art. 15, especialmente, núms. 2 y 4; art. 22, n° 3, e); art. 36, n° 4; y Disp. Adicional Primera.
 - (168) Art. 16, especialmente, n° 1; art. 36, n° 4; y Disp. Adicional Primera.
 - (169) E. de M., VII; y art. 36, núms. 3 y 5.
 - (170) Disp. Adicional Primera.

posición legal, y serán firmadas por el Jefe del Estado y refrendadas por el Ministro a quien corresponda. 2. Si afectare a varios Ministerios, el Decreto se dictará a propuesta de los Ministros interesados y será refrendado por el Presidente del Gobierno o el Ministro de la Presidencia", artículo conforme con el 13, III de L.O.E. que dice que "los acuerdos del Gobierno irán siempre refrendados por su Presidente o por el Ministro a quien corresponda", siendo preciso tener en cuenta para la buena comprensión de ambos que "de los actos del Jefe del Estado serán responsables las personas que los refrenden" (artículo 8, III, L.O.E.) (171).

F) CONCLUSIONES:

a) En cuanto a la forma.

No cabe conclusión en este apartado sino remisión a los correspondientes artículos de la L.R.J.A.E. que señalan que "resoluciones" adoptan la forma de Decreto o de Orden del Ministro, las cuales son siempre escritas.

(171) Según el art. 51, 3 del Anteproyecto de Constitución: "La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad. Sus actos serán siempre refrendados en la forma establecida en el art. 59 ...". Art. 59: "Los actos del Rey serán refrendados por el Presidente del Gobierno y, en su caso, por los Ministros competentes".

b) En cuanto al contenido.

Primera: Se confirma que el contenido de las "resoluciones" es una decisión. V. la conclusión 2ª del apartado siguiente.

Segunda: V. la conclusión 3ª del apartado siguiente.

c) En cuanto a los efectos,

Primera: Remisión de los artículos 40 número 3 y 36, ambos de la L.R.J.A.E., para saber respectivamente de algunas "resoluciones" que abren la vía de recurso contencioso-administrativo y de las "resoluciones" que ponen fin a la vía administrativa.

Segunda: Que la declaración de la Exposición de Motivos apartado VII respecto al "caracter ejecutivo" de las "resoluciones" de pie para confirmar la conclusión 3) de entre las referentes al contenido sentadas al final del análisis de la L.P.A., en el sentido de que los actos decisorios, las "decisiones", son siempre "resoluciones", aunque no sean definitivos sino de trámite,

Tercera: Que se puede afirmar que los "actos declarativos de derechos" son siempre "resoluciones" y, dentro de es-

tas, o actos definitivos o actos de trámite cualificados según el art. 113 L.P.A.

d) En cuanto a la denominación.

Primera: Que se confirma la conclusión crítica que respecto a la variedad de denominaciones se sentó al término del estudio de la L.P.A.

Segunda: Que con el término "providencias" se designa a las "decisiones" administrativas.

e) En cuanto a los sujetos.

No extrae conclusión, sino remisión a los correspondientes artículos que, tratando de este tema, contiene la L.R.J.A.E. y que antes he seleccionado.

5. La "resolución" en la Ley de Entidades Estatales
Autónomas de 26 de diciembre de 1958.

Ya he advertido, a través de un autor, que "en la regulación de los organismos autónomos no suelen incluirse normas sobre procedimiento administrativo, por lo que puede asegurarse que, al menos en la inmensa mayoría de los casos, la L.P.A. registrará en los procedimientos seguidos ante las entidades institucionales" (172). Tan correcta es esta afirmación, que la L.E.E.A. sólo habla de procedimiento administrativo al tratar en el Capítulo IX del Título I "De los recursos y reclamaciones", dedicando a ello tres artículos (76, 77 y 78), no desprendiéndose de los mismos (173), nada que nos permita delimitar el concepto de "resolución".

(172) GONZALEZ PEREZ, "El Procedimiento..." cit., pgs. 99-100.

(173) Como tampoco de cualquier otro art. de esta ley que, aunque no versara sobre procedimiento, pudiera tocar incidentalmente los temas que aquí interesan.

6. La "resolución" en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956.

A) En cuanto a la forma.

La ley en estudio, ofrece varios puntos de apoyo a las conclusiones alcanzadas sobre la forma de la resolución en el análisis de la L.P.A.

a) La resolución presunta. El elemento "dictare" y la comisión por omisión.

De forma expresa, la L.J.C.A. considera que el silencio administrativo engendra un acto y que este acto es una resolución. En este sentido, el art. 55, 1, cuando dice que "el recurso contencioso administrativo se deducirá, indistintamente, contra el acto que sea objeto del de reposición, el que resolviera ésta expresamente o por silencio administrativo, o contra ambos a la vez", no deja lugar a dudas. Pero, por su cupiera alguna, el art. 10, 1, c) (redactado conforme a la Ley 10/1973 de 17 de marzo), al admitir y parificar las categorías generales de actos expresos y presuntos e indicar la posibilidad de que sean resoluciones, confirma el criterio de la primera norma citada (174).

(174) Dice el art. 10, 1, c): "Las Salas de lo Contencioso-administrativo de las Audiencias Territoriales conocerán... de los recursos que se formulen en relación a:...c) Los actos, expresos o presuntos, de Ministros, Autoridades y órganos centrales de inferior jerarquía, resolutorios de recursos administrativos...".

No se trata de dos casos aislados. En la filosofía de la ley, expresada a través de su E. de M., se encierra la admisión incontrovertible de la categoría del acto presunto. Así, en la E. de M., IV, 1), párr. 2°, se habla de que "el acceso a la Jurisdicción Contenciosa... no ha de ser posible únicamente cuando la Administración produce actos expresos... sino también cuando son... presuntos"; la E. de M., IV, 2), párr. último, indica que el régimen de silencio que establece la presente ley, no se aplicará "cuando otros textos legales o reglamentarios establezcan, en beneficio de los interesados, plazos más reducidos que los que se prevén en esta Ley para que se entienda producido acto presunto"; en la E. de M., V, 2), a), párr. 5°, se distinguen el "acto expreso" del "dictado por el silencio administrativo"; la E. de M. V, 2), a), párr. 6°, se refiere al "acto presunto, realizado por silencio administrativo". Este criterio, manifestado en el ámbito de los propósitos, se materializa después en el articulado en los ya citados arts. 10, 1, c) y 55, 1, así como en el 53, c) que exceptúa del recurso de reposición a "los actos presuntos, en virtud del silencio administrativo, regulado en el artículo 38".

Con anterioridad he indicado que un inconveniente posible de la admisión en el art. 358 C.p. de la modalidad comisivo-omissiva que late en el instituto del silencio administrativo, podría ser una interpretación del elemento típico "dictare" resolu-

ción que exigiera una actuación positiva de dictado, un hacer o comportamiento activo, no un mero no hacer. Pues bien, independientemente de un posterior examen de esta cuestión desde la vertiente puramente típica, puede servir de pieza orientativa el nulo inconveniente que tiene la L.J.C.A. en aceptar que a través del silencio efectivamente se dicta un acto. Así, E. de M., IV, 2), párr. último: "producido acto presunto", E. de M., V, 2), a), párr. 5º: acto "dictado por silencio administrativo"; E. de M., V, 2), a), párr. 6º: "acto presunto, realizado por el silencio administrativo"; art. 55, 1: acto "que resolviere esta (la reposición) expresamente o por silencio administrativo".

b) El acto tácito.

También esta categoría del acto tácito tiene acogida en la L.J.C.A. que, al igual que para el presunto, indica que "el acceso a la Jurisdicción contenciosa... no ha de ser posible únicamente cuando la Administración produce actos expresos... sino también cuando... son tácitos" (E. de M., IV, 1), párr. 2º).

c) Los actos no escritos.

La aceptación de formas de manifestación de los actos distintas de la escrita, esto es, oral y mímica, es clara también en la L.J.C.A. Así, volviendo a la ya repetida E. de M., IV, 1), párr. 2º, se comprueba que "el acceso a la Jurisdicción contenciosa.... no ha de ser posible únicamente cuando la Ad

ministración produce actos,... escritos, sino también cuando revisten cualquier otra forma de manifestación regulada por el Derecho". En similar sentido se puede alegar el art. 53, d), que exceptúa del recurso de reposición a "los actos no manifestados por escrito",

d) El caracter de resolución de los actos en sus distintas formas.

En los apartados anteriores se ha visto, de una parte, que la L.J.C.A. admite la categoría del acto presunto y la posibilidad de que este revista el caracter de resolución; por otra parte, la misma ley acepta la existencia de actos tácitos, orales y mímicos y señala que es posible el acceso a la Jurisdicción contencioso-administrativa cuando la Administración ha producido actos con estas formas. Se trata ahora de comprobar si, al igual que los presuntos, los actos tácitos, orales y mímicos, pueden, en el concepto de la L.J.C.A., revestir el caracter de resoluciones.

La vía para esta comprobación es la de averiguar si son resoluciones los actos contra los que se puede interponer recurso contencioso-administrativo, que es la manera de "acceder" a esta Jurisdicción.

Según el art. 37, 1, "el recurso contencioso-administrativo será admisible en relación con las disposiciones y los actos de la Administración que no sean susceptibles de

ulterior recurso ordinario en vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si es tos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de tal modo que pongan término a aquella o hagan imposible o suspendan su continuación"; el n° 2 de este artículo añade que "los actos de las Corporaciones e Instituciones a que se refiere el artículo 1°, párrafo 2°, apartado c), podrán ser objeto directamente del recurso contencioso-administrativo, salvo que de modo expreso, fueran susceptibles de recurso en vía administrativa ante cualquier otro organismo o entidad".

En suma, la regla general sentada en el n° 1 del anterior artículo, se reduce a que la ley exige para que los actos puedan recurrirse en vía contencioso-administrativa, que reuñan la siguiente doble nota: "1°. Que el acto sea definitivo o, si es de trámite, que decida directa o indirectamente el fondo del asunto, y 2°. Que agote la vía administrativa" (175). Y estas son notas no sólo coincidentes con las del "concepto convencional" de resolución, sino incluso más restringidas (ya que se exige la irrecurribilidad). Por supuesto, y aunque sólo fuera por esa mayor restricción, que no se contemplan todas las resoluciones, esto es, no se trata de una definición de resolución (quedan fuera, por citar el caso más elemental, los actos definitivos susceptibles, por ejemplo, de recurso de alzada), pero, en cambio, si son resoluciones todos los actos a que alude el texto legal.

(175) ENTRENA, "Curso..." cit., pg. 616; los subrayados en el original.

En consecuencia; si la ley sólo admite recurso contencioso-administrativo contra determinadas resoluciones y, por otro lado, acepta que se "acceda" a esta Jurisdicción (obviamente, mediante recurso) cuando se trata de actos expresos, presuntos, tácitos, escritos, orales o mímicos, es que entiende que, con cualquiera de estas formas, el acto puede constituir una resolución, dotada de los caracteres legalmente requeridos por ella misma para ser objeto de recurso contencioso-administrativo. En definitiva, por lo que interesa ahora, que los actos presuntos, tácitos, orales y mímicos pueden ser resoluciones e, incluso, una muy determinada clase de estas.

B) En cuanto al contenido.

En principio, poco dice la L.J.C.A. respecto a este tema tal y como lo he venido enfocando, esto es, si el contenido de la resolución debe ser siempre una decisión o admite otros contenidos.

a) El contenido decisorio.

Sólamamente el art. 37, 1, se refiere indirectamente a estas cuestiones: Como queda dicho, este artículo indica contra qué actos se admite el recurso contencioso-administrativo. Estos son, en conjunto, un núcleo de resoluciones de entre las cuales solamente para unas matiza el contenido. Efectivamente, respecto de los actos definitivos no di-

ce nada; aunque, a tenor de lo que dispone el art. 93, 1 de la L.P.A. debe entenderse que dicho contenido es decisorio. Pero, es que tampoco indica el mencionado art. 37, 1 de la L.J.C.A. cual sea el contenido, desde la actual perspectiva de examen, de los actos de trámite que "hagan imposible o suspendan" la continuación del procedimiento. Únicamente señala el contenido cuando se refiere a los actos de trámite que decidan "directa o indirectamente el fondo del asunto"; se trata, pues, de un contenido decisorio.

Sin embargo, tal indicación de contenido, por demasiado particularizada, es decir, limitada a unos determinados actos, no permite sentar una afirmación general respecto al contenido de todas las resoluciones.

Ahora bien, limitando la investigación a las resoluciones contenidas en mencionado art. 37, 1 de la L.J.C.A., la cuestión del contenido se reduce, conforme se acaba de ver, a cual sea el de los actos de trámite que "hagan imposible o suspendan" la continuación del procedimiento, es decir, a comprobar si es decisorio o no el contenido de tales resoluciones.

A este respecto, verdaderamente resulta difícil imaginar que un acto de trámite que consista en una declaración de conocimiento, de juicio o de deseo, esto es, no en una declaración de voluntad ("decisión"), al propio tiempo haga imposible o suspenda la continuación del procedimiento. Este efecto parece más bien propio de actos de contenido decisorio y, además, de decisión referida "directa o indirectamente al fondo del asunto".

En suma, parece correcto afirmar que también los actos de trámite que hacen imposible o suspenden la continuación del procedimiento, tienen contenido decisorio.

Se confirma, pues, el criterio de que todas las resoluciones a que se refiere el art. 37, 1 de la L.J.C.A., tienen un contenido decisorio.

Si esto es así y si, ampliando ahora el campo, no aludiendo tan sólo a la L.J.C.A. sino también a todas las demas normativas analizadas, ya se ha comprobado que las demas resoluciones que he aceptado como tales (actos-simples-resolución, resoluciones adyacentes, resolución del art. 73 L.P.A., actos definitivos y resoluciones subsiguientes) tienen contenido decisorio, parece pertinente preguntarse cuáles son las "resoluciones" cuyo contenido es una declaración de conocimiento, de juicio o de deseo.

La falta de apoyo legal y los ejemplos de los actos cuyo contenido consiste en tales declaraciones, que aporta la doctrina (176), son datos que llevan a la conclusión de que los actos consistentes en declaraciones de conocimiento, juicio o deseo, carecen de significación resolutoria: no son, por lo menos en principio y salvo mejor demostración, resoluciones.

Ello no quiere decir, sin embargo, que sean "inocuos" respecto de las resoluciones

(176) V. GARCIA DE ENTERRIA, "Curso.." T. 1, cit., pgs. 369-370.

(especialmente, en relación con los actos de finitivos y las resoluciones de recursos), pues, en la medida en que pueden estar preordenados a estas, pueden plantear interesantes problemas de participación, cuya solución es relevante a la hora de depurar responsabilidades.

Por último, conviene resaltar que en la operación de delimitar qué actos consisten en declaraciones de conocimiento, juicio o deseo, debe actuarse con especial cuidado, pues, en no pocas ocasiones, actos a primera vista declaraciones de, por ejemplo, deseo, encubren decisiones, que, por lo mismo, pueden implicar contenido resolutorio (177).

b) Los actos políticos o de gobierno.

Las demás indicaciones de la L.J.C.A. respecto al contenido, se ciñen en torno a los llamados actos políticos o de gobierno (178). Ello plantea la cuestión de si tales actos pueden o no ser resoluciones.

Conforme a la más moderna doctrina se puede afirmar que "la Administración como tal

(177) Recuérdese, p. ej., lo indicado en la n. 139, respecto a los actos que crean expectativas de derechos.

(178) E. de M., II, 4), párr. 2º; y art. 2, b).

es universalmente justiciable y, por ende, todos y cada uno de sus actos, ninguno de los cuales puede entrar en la excepción del artículo 2, b), L.J.C.A.", "sólo puede excluirse la jurisdicción contencioso administrativa cuando no trate de verdaderas actuaciones de la Administración, sino de funciones ejercitadas por los órganos políticos superiores en cuanto en los mismos confluyen funciones constitucionales de relaciones entre poderes o el carácter de órganos de la personalidad jurídico-internacional del Estado en su totalidad" (179).

La anterior argumentación trata más bien de un tema que, sistemáticamente, debería situarse en el presente trabajo, en el examen del elemento típico del art. 358 C.p. "asunto administrativo". Efectivamente, dichos argumentos tratan de fijar o separar "lo administrativo" de "lo político" (a los efectos puramente de la exigencia del art. 2, b) de la L.J.C.A., pues, con otra pretensión, la real imbricación entre ambos, hace prácticamente imposible dicha tarea). Lo que es relevante a los efectos del mencionado elemento del art. 358 C.p., del propio tipo en su conjunto y aún del Tít. VII del Lib. II del C.p., no orientado, como más tarde se verá, hacia la directa protección del Estado, como objeto jurídico, sino de las actividades (administrativa, legislativa y judicial) que este desempe-

(179) GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." T. I cit., pg. 400.

ña en la persecución de sus fines. Adviérta se que de las manifestaciones de "la personalidad jurídico-internacional del Estado en su totalidad", se ocupa más bien, desde la óptica penal, el Tít. I, del Lib. II del C.p., que específicamente contempla el supuesto de comisión de los delitos que contiene por funcionario público (art. 140; tengáse presente que el concepto penal de funcionario público abarca a las "Autoridades": art. 119). Con los argumentos reproducidos, se comprende la necesidad de recabar para lo administrativo, buena parte de las materias en otro tiempo concebidas como "políticas", que no encontrarían en otras partes del C.p. adeuado encaje y, consecuentemente, permanecerían impunes. Hay, pues, que dar, en esta materia, una interpretación amplia al elemento "asunto administrativo" del art. 358 C.p.

Sin embargo, la tan repetida argumentación también concierne a la "resolución". En efecto, en la medida en que determinados actos, de los que se duda si son "políticos", pueden encuadrarse entre las "verdaderas actuaciones de la Administración", podrán ser conocidas en la jurisdicción contencioso-administrativa, y dado que esta conoce de resoluciones (argumento del art. 37, 1), tales actos pueden ser resoluciones; no, por el contrario, en principio, cuando esos actos sean manifestaciones de las "funciones ejercitadas por los órganos políticos superiores ... de relaciones entre poderes o en cuanto órganos de la personalidad jurídico-internacional del Estado en su totalidad".

En suma, no son resoluciones los auténticos actos políticos o de gobierno, pero sí, en cambio, una gran cantidad de actos en otro tiempo acogidos a esa caracterización, que la actual mejor doctrina (e incluso también la mejor jurisprudencia contencioso-administrativa) reclama como "administrativos"; actos que por el carácter de los órganos que los emiten, especialmente vocados a la adopción de "decisiones" administrativas, son susceptibles de ser fácilmente calificados de resoluciones, condición que, desde luego, poseerán desde el momento en que puedan impugnarse en vía contencioso-administrativa, ya que ésta, como repetidamente he señalado, sólo conoce de resoluciones.

C) En cuanto a los efectos.

Al efecto que algunas (no todas) las resoluciones producen de poner fin al procedimiento (principal), no se refiere la L.J.C.A. Alude, en cambio, en el art. 37, 1, al efecto que algunas resoluciones producen de poner fin a la vía administrativa, efecto al que equipara el de hacer imposible o suspender la continuación de la misma; ambas cosas, están en la línea de lo ya explicado.

Tampoco se refiere al otro "convencional" efecto de abrir la vía de recursos administrativo, aunque si lo hace, y ello está patente a lo largo de toda la ley, al efecto de algunas resoluciones de abrir la vía de recurso contencioso-administrativo, siquiera la mayor parte de ellas

precisan del requisito previo de la reposición (180) del que otras están exceptuadas (181).

D) En cuanto a la denominación.

La L.J.C.A., se refiere concretamente a este tema en una declaración de principios que pretende informar al resto del texto: En la E. de M., IV, 1), párr. 2º, se dice que en la ley "se habla de acto, y no de acuerdo, resolución, providencia o de cualquier otro concepto semejante, por ser aquél más extenso y comprender todas las manifestaciones de la actividad administrativa".

No obstante la intención, la L.J.C.A. emplea todas y cada una de las expresiones que, como se acaba de ver, pretendía excluir de su texto. Así, utiliza el término "acuerdo" en los arts. 10, a); 58, 1 y 4; 118, 1, 2 y 3; 120, 1; y 123, 4; así como en la rúbrica de la Secc. 2ª del Cap. IV del Tít. IV. Usa el de "resolución" en los arts. 10, b); 14, c); 40, d) y e); 53, a); 54, 1; 58, 5; y 68, 5. Habla de "proveído" en la E. de M. IV, 2), párr. 4º. Y en el mismo lugar acabado de citar, se refiere a las "decisiones", término que vuelve a emplear en el art. 38, 1.

(180) E. de M., V, 1), párrs. 1º, 2º y 3º, en relación con E. de M., II, 2), párrs. 2º, 3º y 4º y E. de M., IV, 1), párr. 1º y 2), párr. 1º, más art. 52.

(181) Art. 53.

Desde luego, no es correcto hacer afirmaciones cuyo contenido se contradice después, pero es que, además, el contenido mismo de la afirmación inicial, tampoco me parece acertado. Con esta declaración de la E. de M. se pretende evitar problemas alegando el razonable y verdadero argumento de que tanto el "acuerdo", cuanto la "resolución", como la "providencia", son actos, y, por tanto, si se emplea este denominador común de todos los demás términos, se elude el trabajo de determinar en cada caso, con acierto, a qué concreto acto ("acuerdo", "resolución" o "providencia") se refiere la ley en ese momento. No obstante, frente a ello cabe decir que es precisamente este último objetivo el que la ley debería perseguir en aras de una mayor claridad; la problematicidad del acierto no debe entrar ahora en la valoración, porque es justamente el acierto, cuando menos en lo técnico, lo que se exige a una ley. Acierto, por lo demás, que en varias ocasiones tiene la L.J.C.A. cuando, al romper en buena hora su declaración inicial, emplea términos de los allí excluidos. A veces, sin embargo, no lo logra; y en estos últimos casos, habría que reproducir las mismas o paralelas críticas a las ya expuestas respecto de otras normativas.

Por ello, quizá convenga singularizar solamente el análisis del término menos frecuentemente empleado por aquellas: el "proveído" del que se habla en la E. de M. Iv, 2), párr. 4°. Situado en el contexto siguiente: "el silencio administrativo, ciertamente no puede ser conceptuado como un medio a través del cual la Administración pueda eludir su deber de motivar las deci-

siones, como vendría a ser si por el silencio que dara exenta del deber de dictar un proveído expreso, debidamente fundado", no puede dudarse que aquí "proveído" viene a significar acto definitivo (y, por tanto, un tipo de resolución), conforme se desprende del art. 38 L.J.C.A. y de su concordante 94 L.P.A. ya estudiado. Conclusión ésta que no debe llevar a la de que los "proveídos" (o "providencias"), son siempre actos definitivos y sólo designan a estos, de acuerdo con lo que anteriormente he intentado demostrar.

E) Conclusiones.

a) En cuanto a la forma.

Primera: Para la L.J.C.A. el silencio administrativo comporta la existencia de un auténtico acto administrativo.

Segunda: La L.J.C.A. admite la forma presunta de los actos, ya que entiende que el silencio administrativo produce un acto presunto. Tal acto es, además, una resolución, por lo que la ley permite hablar de resoluciones presuntas.

Tercera: La expresión "dictar resolución" no siempre implica el que ésta última sea expresa y, en consecuencia, sea preciso un actuar positivo de la Administración, sino que permite la interpretación de que cuando la Administración no se manifiesta a través de una resolución expresa, puede (caso de silencio administrativo) "dictar" una resolución presunta.

Cuarta: La L.J.C.A. admite la impugnación en vía contencioso-administrativa de los actos tácitos, y en la medida en que se piense que en esta vía sólo son impugnables los actos que sean resoluciones, puede afirmarse que la ley acepta la existencia de resoluciones tácitas.

Quinta: La L.J.C.A. al admitir la impugnación en vía contencioso-administrativa no sólo de los actos escritos, sino también de los que "revisten cualquier otra forma de manifestación regulada por el Derecho" (actos orales y actos mímicos), permite, por idéntica razón que la alegada en la conclusión anterior, hablar de resoluciones orales y mímicas.

b) En cuanto al contenido.

Primera: Hay base en la ley para deducir que sólo los actos que sean declaraciones de voluntad (decisiones) pueden ser resoluciones; no pueden serlo, en cambio, los que sean declaraciones de conocimiento de juicio o de deseo.

Segunda: Partiendo de la anterior afirmación, conviene señalar que en la operación de decidir qué actos sean declaraciones de conocimiento, juicio o deseo, ha de actuarse como extremo cuidado, pues, en muchas ocasiones, actos que a primera vista son tales declaraciones, en realidad encubren auténticas decisiones.

Tercera: Que una vez determinado que se está en presencia de verdaderas declaraciones de conocimiento, juicio o deseo, los actos que las contengan habrán de valorarse a la hora de estimarse la posible resolución a ellos ligada, en cuanto a la intervención que para el dictado de esta última hayan podido tener.

Cuarta: Que mucho de los actos incluidos en otro tiempo entre los llamados "políticos o de gobierno", son realmente actos administrativos que, en la medida en que, por consecuencia de ello, sean impugnables en vía contencioso-administrativa, serán resoluciones.

c) En cuanto a los efectos.

No hay nada de particular que concluir de esta ley que no se haya indicado ya.

d) En cuanto a la denominación:

Primera: Se ratifican las críticas que en relación a la pluralidad de términos denominadores de la resolución, ya se han indicado en otros apartados.

Segunda: Que el término "proveído" ("providencia"), designa en la L.J.C.A. un ac-

to definitivo, y siendo éste, por defini
ción (art. 93 L.P.A.), de contenido deci
sorio, tal vocablo designa, en última
instancia, una decisión, con lo que se
ratifica la conclusión sentada con ante-
rioridad respecto a este término.

7, Conclusiones generales del apartado II.

A) En general, respecto a la resolución como acto administrativo.

Primera: La resolución es un acto administrativo; pero no todo acto administrativo es una resolución. Si el elemento típico "resolución" del art. 358 C.p., abarca también determinadas clases de normas o no, es una averiguación que queda fuera del presente apartado.

Segunda: Las resoluciones son siempre actos simples, no actos-procedimiento. Pueden ser resolución, tanto los actos simples no incardinados en un procedimiento, que reúnan las características definitorias, como los que forman parte de un procedimiento y poseen esas características.

Tercera: Dentro de un acto-procedimiento pueden existir varias resoluciones: el acto definitivo es resolución, pero también, todos aquellos actos que, anteriores a aquél, reúnan las características definitorias. Son resolución tanto los actos que culminan un procedimiento adyacente al principal, como los que solventan el subsiguiente a éste (resoluciones de recursos).

Cuarta: Los actos firmes y los que causan estado, son resoluciones.

Quinta: Los contratos administrativos no son resoluciones, pero pueden existir resoluciones anteriores a ellos y preordenadas a los mismos.

Sexta: No pueden encontrarse ejemplos de resoluciones entre los llamados "actos complejos".

B) Respecto a las características definitorias de la resolución-acto administrativo.

a) En cuanto a la forma.

Primera: La resolución puede ser tanto expresa, cuanto presunta, como tácita. En estas dos últimas formas, la resolución plantea la posibilidad de que el art. 358 C.p., admita la comisión por omisión.

Segunda: La L.J.C.A., acepta que la resolución presunta emanada en virtud del silencio administrativo, ha sido "dictada" por la Administración. Esto es, equipara el hacer que supone "dictar" una resolución expresa, con el no hacer que implica el "dictar" una resolución presunta.

Tercera: La resolución puede ser tanto escrita, cuanto oral, como mímica.

Cuarta: La resolución expresa puede manifestarse en las distintas formas jerárquicas: desde el Decreto, hasta la simple notificación del acto dictado por un órgano inferior.

b) En cuanto al contenido.

Primera: La resolución es siempre una declaración de voluntad de la Administración: una decisión.

Segunda: En la operación de determinar cuando un acto es una aclaración de voluntad y cuando no, ha de procederse con extremo cuidado, pues, en ocasiones, actos que aparentemente son declaraciones de conocimiento, juicio o deseo, encubren una auténtica decisión administrativa.

Tercera: Los actos cuyo contenido sea una declaración de conocimiento, juicio o deseo, en la medida en que están preordenados a una declaración de voluntad, pueden suponer una "participación" en la emisión de ésta.

Cuarta: Los "actos declarativos de derechos" son siempre resoluciones y, dentro de estas, o actos definitivos o actos que imposibilitan la continuación de un procedimiento o produzcan indefensión.

Quinta: No son resoluciones administrativas los llamados "actos políticos o de gobierno". Pero, la esfera de estos se encuentra en la actualidad notablemente reducida; limitándose a los que supongan ejercicio, por parte de los "órganos políticos superiores", de funciones de relaciones entre los poderes o las derivadas de la "personalidad jurí

dico-internacional del Estado en su totalidad".

c) En cuanto a los efectos.

Primera: La resolución no siempre pone fin al procedimiento principal.

Segunda: La resolución no siempre abre la vía de recursos administrativos.

Tercera: Los actos que determinan la imposibilidad de continuar un procedimiento o producen indefensión, son resoluciones por equiparación a las resoluciones-actos definitivos.

d) En cuanto a la denominación.

Primera: Existe en las leyes administrativas una pluralidad de términos para designar a las resoluciones. Pero, no siempre que se utilizan estos términos en dichas leyes efectivamente designan una resolución.

Segunda: En particular, el término "proveído" o "providencia" designa una resolución, que puede ser tanto un acto definitivo como uno de trámite.

e) En cuanto a los sujetos.

Primera: Puede dictar resolución cualquier funcionario público con capacidades decisorias.

Segunda: Por vía de ejemplo, puede comprobarse cuáles son en concreto los sujetos que dictan cada tipo de resolución (en la Administración del Estado), en los correspondientes artículos de la L.R.J.A.E. anteriormente indicados.

III. "RESOLUCION" Y DISPOSICIONES GENERALES.

1. Introducción.

Lo que hasta aquí llevo dicho sobre la "resolución", es partiendo de la base de que ésta pertenece a la categoría de los actos administrativos. En lo que sigue, trataré de averiguar si en el elemento típico "resolución" del art. 358 C.p., cabe acoger también determinados clases de disposiciones generales que, en cuanto actos de la Administración que son (quedan, pues, como es obvio, al margen las normas no dictadas por la Administración), se presentan como dictadas en un "asunto administrativo", entendido este otro elemento típico ahora, es decir, sin prejuzgar su posterior estudio, como designador de actividad administrativa, esto es, aquella que no es desenvuelta por los otros poderes del Estado (legislativo judicial).

Sin embargo, antes de comenzar propiamente el tratamiento de estas cuestiones, conviene precisar, aún incurriendo en el vicio de adelantar conceptos sobre los que volveré, una serie de puntos que marcan las coordenadas en que dichas cuestiones se desenvuelven. Tales puntos son los siguientes:

- A) Así como hay una serie de materias sobre las que sólo puede normar la ley, no puede decirse lo mismo del reglamento; hay materias reservadas a la ley, pero no materias reserva

das al reglamento (182).

- B) Consecuencia de la afirmación anterior, son otras dos:
- a) Mientras que el reglamento no puede normar las materias reservadas a la ley, ésta puede hacerlo fuera de las materias a ella exclusivamente reservadas.
 - b) Para que un reglamento verse sobre alguna de las materias reservadas a la ley, es precisa una ley precedente que: Primero, le habilite para ello, y Segundo, le señale los concretos puntos a los que debe limitarse o los estrictos márgenes entre los que puede desenvolverse.
- C) Tales reglamentos que versan sobre materia reservada en función de la habilitación legal, son, en principio, reglamentos de ejecución (183). Ello no quiere decir que sean los únicos reglamentos de ejecución: también lo serán aquellos cuyo contenido sea el desarrollo (en cuanto concreción) de una ley precedente que no verse sobre materia reservada,

(182) El Anteproyecto de Constitución emando de la Ponencia Constitucional del Congreso, preveía una reserva reglamentaria de sus arts. 79 en relación al 72. La propuesta no pasó al Anteproyecto de la Comisión, que rechazó ambas normas.

(183) Más adelante se verá cómo en determinadas supuestos de delegación legislativa, el reglamento de ejecución, siempre que se atenga a los límites marcados por la norma delegante, es elevado, por ésta, a rango de ley.

La fundamental diferencia entre unos y otros reglamentos de ejecución, reside en que mientras los primeros precisan absolutamente de la explícita autorización legal, los segundos, aunque puede que exista tal explita autorización (en cuyo caso quedan constreñidos a los límites marcados por esta), no precisan de ella para poder ejecutar la ley, y ello en virtud de la constitucional cláusula implícita de autorización (en cuyo caso, quedan constreñidos a los límites que se deduzcan del conjunto de la ley que ejecutan).

- D) Fuera de los reglamentos hasta ahora referidos, los demás se pueden considerar reglamentos autónomos, esto es: formalmente, no precisados de habilitación legal; materialmente, no ejecutores de una ley precedente.

Ahora bien, desde la perspectiva material acabada de aludir, conviene indicar que:

- a) Existen zonas del ordenamiento que determinan un "régimen en cuya aplicación a la Administración no se le asigna ningún papel", en las que el reglamento no tiene, en consecuencia, cabida: "no podría intentar regular estos aspectos, ni siquiera invocando la oportunidad de desarrollar una ley supuestamente imperfecta o incompleta (salvo que la propia ley expresamente le haya requerido para ello:

delegación legislativa)" (184). Se trata, por ejemplo, del llamado Derecho privado, o el procesal, o un hipotético Reglamento del C.p.

Son, pues, estas materias exclusivas de las leyes. Un reglamento que versará sobre ellas (excepto el caso, ya indicado, de delegación legislativa, y ello siempre que el reglamento no sobrepase los términos de tal delegación), sería, ya sin más (sin entrar en cuestión de haberse apartado de límites legalmente marcados), un reglamento dictado con exceso de atribuciones.

- b) Dentro ya de la materia propiamente administrativa, también opera el principio de materias reservadas a la ley, que se traduce en que sobre todas aquellas cuestiones de entre aquella que "implican para los ciudadanos como tales la imposición de obligaciones o deberes, la limitación de su libertad previa o de sus derechos,...el Reglamento ha de limitarse a actuar como complementario de la Ley", es decir, que "para regular estas materias no bastará in vocar la genérica potestad reglamentaria atribuída por la Constitución, sino, además de la titularidad de esa potestad, una habilitación específica, caso por caso, que la Ley haya hecho al Reglamento" (185).

(184) GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." T.I. cit., pgs. 127-128.

(185) GARCIA DE ENTERRIA, ob. cit., pg. 128. V., en este sentido, el art. 48, 1 del Anteproyecto de Constitución.

Por lo tanto, como en el caso anterior, cuando el reglamento verse sobre estas materias (salvo en el caso de delegación legislativa, y ello si el reglamento se atiene a los términos de la misma), es, sin más (sin entrar en el tema de si han sobrepasado o no los límites de una delegación), un Reglamento dictado con exceso de atribuciones.

Igualmente será un Reglamento dictado con exceso de atribuciones -tanto en este caso como en el del apartado a)- aquél que surgido legítimamente en virtud de delegación legislativa, sobrepase o se desvie de los límites o términos marcados en la misma.

- c) Los Reglamentos autónomos quedan, pues, reducidos a versar sobre "aquellas materias administrativas que pertenecen al ámbito interno o doméstico de la Administración... aunque derivativamente pueden incluirse en el mismo las relaciones con agentes, usuarios, colaboradores de los servicios administrativos que se encuentren en una situación de sujeción especial, relaciones subordinadas a la organización de la Administración y a sus exigencias" (186).

Aquél Reglamento que, versando sobre estas materias, lo haga de manera no confor-

(186) GARCIA DE ENTERRIA, ob. y pg. últimamente citados.

me al ordenamiento jurídico, no será un Reglamento dictado con exceso de atribuciones, sino un Reglamento injusto.

- E) Partiendo del punto de vista formal de la publicación (requisito al que están sujetos todos los reglamentos, pues sólo a través de él se perfecciona la norma jurídica que contienen), los reglamentos se pueden diferenciar de "las llamadas Circulares de régimen interior y las instrucciones de servicio, que tratan exclusivamente de fijar el orden de funcionamiento de las oficinas y servicios administrativos. En este caso no se trata de verdaderas normas jurídicas relevantes para terceros y, esto supuesto, no necesitan ser publicadas; son simples órdenes jerárquicas para los funcionarios (aunque generales), pero no alcanzan a constituir o innovar el Ordenamiento jurídico" (187).

(187) GARCIA DE ENTERRIA, ob. cit., pg. 123. Lo que a mí no se me alcanza es la afirmación de que "fijar el orden de funcionamiento de las oficinas y servicios administrativos", no es relevante para terceros. Y ello no sólo desde un punto de vista empírico, desde el que está clara la relevancia para los administrados del como funcionan las oficinas y servicios del formidable aparato burocrático del Estado, sino desde un punto de vista "jurídico", pues resulta evidente que el ciudadano quedará vinculado por el respeto a, y sus asuntos con la Administración dependerán en una enorme medida de, las pautas que se marquen para el funcionamiento de dicho aparato burocrático. De forma que, desde esta perspectiva, me parece perfectamente admisible la "inordinación" de tales pautas en el ordenamiento jurídico, es decir, postulable su condición de normas. Por otra parte, si esta es la

Si no son normas jurídicas, según el criterio "ordinamentalista", parece que estas "Circulares de régimen o instrucciones de servicio", serán actos administrativos. Sin embargo, la cuestión no queda clara en la doctrina, ya que caben "actos administrativos dictados contra el criterio sustentado en una Circular" (188). En todo caso, lo

(187) ...
 repercusión sobre los destinatarios mediatos, la que existe sobre los inmediatos (funcionarios a quienes van dirigidas), no me da la impresión que rechace, sino, al contrario, demanda, el calificativo de norma; la inferior temporalidad de estas Circulares o instrucciones frente a los reglamentos normales(?), no obsta para nada a su repetibilidad: no se consumen con una sólo aplicación, sino que son abstractamente repetibles durante el tiempo de su vigencia, aunque este pueda ser corto. Por lo demás, el art. 23 de la L.R.J.A.E., al marcar el orden de la jerarquía interna de la Administración, recoge, in fine, a las "disposiciones de autoridades y órganos inferiores, según el orden de su respectiva jerarquía", en las que creo que son perfectamente encuadrables (y ello suponiendo, lo que es mucho suponer dados los arts. 13,7 y 14,3, por una parte, y los 15,4 y 16,4, por otra, todos ellos de la L.R.J.A.E., que no reclamen una forma de normativa jerárquicamente superior) estas Circulares o instrucciones.

(188) GARCIA DE ENTERRIA, ob. cit., pg. 123.

que sí se concluye es que se trata de verdaderas decisiones administrativas, dictadas por el órgano competente; es decir, resoluciones de este órgano. En este sentido, aquellas "Circulares de régimen interior o instrucciones de servicio" dictadas en contradicción con el ordenamiento jurídico, se rán resoluciones injustas.

- F) En atención al art. 41 de la L.O.E., se puede afirmar que mientras la Administración del Estado tiene una potestad reglamentaria "originaria e independiente", emanada "directa e inmediatamente" de la Constitución, "las demás Administraciones públicas sólo pueden tener un poder reglamentario derivado, conectado no ya a la Constitución, sino a la Ley que concretamente las habilita para dictar normas jurídicas y dependiente, por tanto, de los términos precisos en que dicha habilitación legal se produzca" (189).

Con ello se describen los llamados "reglamentos autonómicos", esto es, "emanados de otras Administraciones Públicas distintas de la Administración del Estado" (190).

(189) GARCIA DE ENTERRIA, ob. cit., pg. 117. La potestad reglamentaria de la Administración del Estado, se reconoce en el art. 90 del Anteproyecto de Constitución; V., sin embargo, en relación con las futuras Comunidades Autónomas, el art. 139, 2 en relación con el citado 90 y con el 141, del mismo Anteproyecto.

(190) GARCIA DE ENTERRIA, ob. cit., pg. 140.

Estos reglamentos quedan enmarcados entre dos límites, uno negativo y otro positivo.

El negativo consiste en que dichos reglamentos "tienen que respetar el ámbito en el que actúa el ente autónomo y no pueden ocuparse de fines distintos de los que este persigue" (191).

Por lo tanto, un reglamento autonómico, apartándose de estos fines, puede:

- a) Versar sobre materias reservadas a la ley. En cuyo caso es un Reglamento dictado con exceso de atribuciones.
- b) Desarrollar una ley, referida al ente autonómico correspondiente, que le ha habilitado para ello, sobrepasando esta habilitación. En cuyo caso, es también un Reglamento dictado con exceso de atribuciones.
- c) Versar sobre materias propias (aunque no reservadas, conforme al principio de supremacía de la ley antes indicado) de los reglamentos estatales independientes (es decir, no ejecutores de una ley prece_dente). En cuyo caso, es un Reglamento dictado con exceso de atribuciones, que no significa invasión de las legislativas, sino de las de la Administración del Estado.
- d) Versar sobre materias propias (no reservadas, dado el referido principio de

(191) GARCIA DE ENTERRIA, ob. cit., pg. 142.

supremacía de la ley) de los reglamentos de otro ente público no estatal. En cuyo caso es un Reglamento dictado con exceso de atribuciones, que no significa invasión de las legislativas ni de las de la Administración del Estado, sino de las de otro ente público no estatal.

El límite positivo viene a significar "la existencia de un ámbito reservado de materias cuya regulación se entrega al ente menor y en que, por tanto, no puede ser afectado por los Reglamentos estatales" (192)

Versando sobre esta materia que le es propia, el reglamento autonómico puede:

- a) En general, estar en contradicción con el ordenamiento jurídico. En cuyo caso, es un Reglamento injusto.
- b) En particular, estar en contradicción con la ley en que encuentra su fundamento. En cuyo caso, es igualmente un Reglamento injusto.
- c) También en particular, estar en contradicción con aquellos "Reglamentos estatales (que) lo sean, con carácter general, precisamente de la Ley que ha construido la reserva autonómica...." (único caso en que los reglamentos estatales, "siempre que no contradigan

(192) GARCIA DE ENTERRIA, ob. cit., pgs. 142-143.

la ley de autonomía, se aplicarán conjuntamente con esta y, por tanto, con prioridad sobre los Reglamentos autonómicos mismos") (193). En cuyo caso es un Reglamento injusto.

Desde el punto de vista de Derecho penal, como se verá, los supuestos c) y d) del primer límite, han de reconducirse, por falta de especificidad en cuanto a la invasión de atribuciones normativas del Estado o de un ente público autónomo, a la categoría de Reglamentos injustos.

De igual índole será aquél reglamento estatal que, sin ser de los referidos en el apartado c) del segundo límite, regule dentro de ese "ámbito reservado de materias cuya regulación se entrega al ente menor".

2. Argumentos que favorecen la inclusión de disposiciones generales en la "resolución" del art. 358 C.p. y delimitación de las incluibles en el mismo.

- A) El bien jurídico común atacable por actos y reglamentos.

Cierto es, como se advierte en doctrina, que "Reglamentos y actos administrativos son... figuras radicalmente diferentes

(193) GARCIA DE ENTERRIA, ob. cit., pg. 143.

irreductibles" (194) y que "la irreductibilidad entre el poder reglamentario y el de dictar actos administrativos" se traduce, "en el plano sustancial", "en la irreductibilidad entre las figuras institucionales de los Reglamentos y de los actos; ambos son instrumentos jurídicos (entre otros) utilizados por la Administración, pero entre uno y otro existen diferencias sustanciales" (195).

Sin embargo, por encima de estas diferencias, el Derecho penal, desde su singular perspectiva, se fija en el fundamental dato común que aparece en los anteriores argumentos: "ambos son instrumentos jurídicos (entre otros) utilizados por la Administración". La cuestión subsiguiente que ello plantea, desde aquella perspectiva, es para qué utiliza la Administración tales instrumentos y, consecuentemente, que es lo que puede sufrir deterioro por un mal empleo de los mismos derivado de la injusticia de que pueden estar viciados.

En atención al dato común que se acaba de resaltar y a la coetanea consideración de las diferencias, es por lo que se ha podido decir, como en otro lugar ya de resal

(194) GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." T. I cit., pg. 111.

(195) GARCIA DE ENTERRIA, ob. cit., pg. 113.

tado, que pueden estimarse "actos de la Administración a las disposiciones generales administrativas, pero no actos administrativos" (196). Ambos son, pues, actos de la Administración.

En cambio, las diferencias del reglamento respecto de la ley son mucho más radicales. Con ella, "es común sólo en el método, pero no en la finalidad y función, ni en el tipo de contenido" (197).

Precisamente, por el contrario, para lo que utiliza la Administración esos instrumentos suyos que son el acto administrativo y el reglamento, es para desarrollar la actividad que le es propia en persecución de sus fines, que pueden resumirse en el fundamental del servicio que tiene que prestar a la comunidad.

Como del acto, del reglamento es postulable su carácter administrativo, carácter que "se deriva del origen del Reglamento, ya que es la propia Administración quien lo emana, en virtud de su competencia" (198). Consecuencia de ello es una nueva

(196) BOQUERA, "La publicación de disposiciones generales" cit., pg. 60, n. 9.

(197) VILLAR, "Introducción..." cit., pg. 364.

(198) VILLAR, ob. cit., pg. 365.

característica definitoria del Reglamento; la de ser "imputable al aparato administrativo del Estado" (199).

Tanto el acto administrativo injusto como el reglamento injusto suponen, pues, una deficiencia en el funcionamiento de dicho aparato administrativo del Estado. Pero, la existencia de esta organización burocrática, es plenamente funcional. Si puede hallarse una protección de la misma, como, en principio, se encuentra en los "delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos", es porque a su través, en última instancia, se está protegiendo la corrección de la actividad que desenvuelve: la actividad administrativa.

La cual, en suma, tanto se altera mediante un acto administrativo injusto, como con el dictado de un injusto reglamento. Se puede hablar, entonces, de una comunidad de objeto jurídico atacado, sin que con ello se desconozca la existencia de otros bienes jurídicos que, igualmente, pueden conculcarse con un incorrecto reglamento; así, por ejemplo, las atribuciones que el legislativo posee frente al ejecutivo. Que se examine tal reglamento desde la óptica de este o de aquél bien jurídico, dependerá de la construcción que presenten los tipos que protegen uno y otro respectivamente.

(199) VILLAR, ob. cit., pg. 366.

B) Las posibilidades de mayor deterioro del bien jurídico que presente el reglamento en relación al acto.

La mayor potencialidad de ataque al bien jurídico protegido por la norma del art.358 C.p. que posee el reglamento respecto del acto administrativo, se desprende de las siguientes consideraciones:

- a) Aunque el destinatario del reglamento puede ser especial, normalmente es general, mientras que el destinatario del acto, aunque a veces es general, suele ser especial. Desde esta perspectiva, aparece claro el mayor deterioro que sufre el servicio que la Administración pública cumple cuando, actuando injustamente, se dirige a un destinatario no determinado o determinable, que cuando éste es lo contrario.
- b) El supuesto de hecho de las disposiciones generales es "abstracto, repetible indefinidamente", mientras que el de los actos administrativos "no es repetible o se agota, es decir, es consuntivo. (200). Si esto es así, parece evidente el mayor deterioro del bien jurídico que encierra la repetibilidad de un reglamento injusto, aunque sólo fuera porque al daño que su aparición supone se suma el

(200) VILLAR, ob. cit., pg. 421.

peligro que su repetibilidad ofrece (201). Pero, en realidad, la mayor capacidad de ataque al bien jurídico que posee la disposición general, no sólo se encierra en el peligro que la repetibilidad representa, sino en la mayor alteración de la actividad administrativa en sí misma que el injusto reglamento produce; pues, como en el mismo sentido de diferenciación acto-norma se ha podido decir, "el Reglamento forma parte del ordenamiento jurídico, en tanto que el acto es aldo 'ordenado'" (202), criterio que, desde la perspectiva en que ahora se analiza dicha distinción, expresa claramente el mucho más vigoroso ataque que la norma reglamentaria supone en relación al que ocasiona el acto administrativo.

C) Sólo son incluibles los reglamentos autónomos.

Como implícitamente se contiene en el primero de los argumentos dado, la

(201) En el plano general en que el argumento se desenvuelve, resulta indiferente que en concreto la aplicación de la disposición afecte a un sólo caso; aquí también, como en la distinción acto-norma, es válida la afirmación de VILLAR (ob. cit., pg. 423) de que "es la repetibilidad abstracta, como hipótesis, no como realidad, como tesis, lo relevante".

(202) GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." T. I cit., pg. 113; también, el mismo autor, en "Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición" cit., pg. 164. Este criterio, sin embargo, ha sido criticado en cuanto pueda emplearse como único o apriorístico (V., L. MARTIN RE-TORTILLO, "Actos administrativos generales..." cit., pg. 216); aunque se admite que es "formalmente correcto" (LEGUINA, ob. cit., pgs. 207-208, n. 31).

potestad reglamentaria no es, como pretendiera la "teoría de la atribución de competencias", "una extensión de la potestad legiferante que corresponde al legislativo", ya que este punto de vista no "explica por qué la Administración autónomamente puede dictar ... Reglamentos", ni tampoco, cómo postula la "teoría de la autorización", "es en virtud de la autorización que normalmente contienen las Leyes cuando rozan un aspecto administrativo, por lo que se justifica y se fundamenta la potestad reglamentaria de la Administración", porque, tanto esta como la anterior teoría, aunque pueden justificar determinados reglamentos, "no sirven para justificar y fundamentar el total fenómeno de la potestad reglamentaria", pues no sólo existen reglamentos que ejecutan leyes, sino que "la Administración puede dictar Reglamentos... para regular la actividad administrativa autónomamente, fuera de las Leyes" (203).

Para subvenir las deficiencias de estas teorías, se patrocina la "teoría de la institución jurídica", conforme a la cual el fundamento de la potestad reglamentaria reside en el concepto de la Administración como institución jurídica: La "Administración-institución jurídica" es la heredera directa del Estado del antiguo régimen y, en cuanto tal, posee las potestades de este excepto las de legislar y juzgar, sin que esta excepción sea total, pues del antiguo tronco estatal

(203) VILLAR, "Introducción..." cit., pgs. 368-370.

sólo se segregaron determinadas capacidades de dictar normas y determinadas funciones judiciales (precisamente, las que en el Estado constitucional corresponden al poder legislativo y al judicial). "Así, la Administración tiene una potestad disciplinaria, una potestad cuasi jurisdiccional; la Administración decide conflictos en una porción de casos. Y la Administración conserva también su propia autonomía, es decir, su propia potestad de dictar normas" (204).

Más, ésta teoría "sólo alcanza a justificar los Reglamentos autónomos, pero no aclara la raíz justificadora de las reglas de ejecución" (205).

En suma, las diversas teorías sólo fundamentan parcialmente la potestad reglamentaria: ésta se materializa en reglamentos de ejecución y en reglamentos autónomos; unas teorías fundamentan la emanción por la Administración de los primeros, otras las de los segundos, pero ninguna ambos conjuntamente y, por ende, la propia potestad reglamentaria en su complitud.

Con esta finalidad totalizadora se emite la "teoría de la autorización explícita o implícita", según la cual, la autorización explícita consiste en una cláusula conteni-

(204) VILLAR, ob. cit., pgs. 370-371.

(205) VILLAR, ob. cit., pg. 371.

da en la ley que autoriza a la Administración para dictar reglamentos, mientras que la autorización implícita va referida no a los reglamentos de ejecución de la ley, si no a los que la Administración dicta "para regular una actividad administrativa autónoma", "esta autorización o atribución implícita de potestad reglamentaria sería según esta perspectiva, la pura atribución de competencias a la Administración. Así, cuando la Ley atribuye a la Administración una potestad concreta, implícitamente le atribuye la potestad de regular esa actividad" (206).

La cuestión ahora es buscar una justificación a ese carácter implícito de la autorización.

La respuesta puede resumirse en las siguientes palabras de GARCIA DE ENTERRIA: "La Administración no puede ejercitar mas potestades que aquellas que efectivamente le han sido conferidas... Pues bien, si esta (la Administración) detenta un poder reglamentario independiente es por que se lo ha otorgado la Constitución... La existencia de un poder de participación en la elaboración del ordenamiento, la definición de una 'fuente' del Derecho tan relevante, de un poder normativo complementario del

(206) VILLAR, ob. cit., pg. 370.

legislativo, es, por fuerza, dada su significación, una determinación constitucional. Las Constituciones escritas... preverán, en efecto, la existencia de tal poder en el Ejecutivo (207); pero aún si la Constitución nada precisase habría que explicar la titularidad del poder reglamentario en el Ejecutivo en la existencia de una costumbre constitucional inequívoca" (208). Esta es la que VILLAR llama "la base constitucional de la cláusula implícita de autorización" (209).

En definitiva, la total potestad reglamentaria de la Administración se funda de la siguiente manera: para los reglamentos de ejecución, en la autorización explícita que la ley hace para ser concretada en vía reglamentaria; para los reglamentos autónomos, en la constitucional cláusula implícita de autorización.

Ahora bien, está la justificación formal (210); se trata ahora de determinar la justificación material (211).

-
- (207) V., para España, como señala VILLAR (ob. cit., pg. 373), el art. 10 L.C.C., a contrario sensu, coordinado con los arts. 17 del F. de los E. y 10 y 12 de la L.C.C.; también art. 13, II, L.O.E.; V., especialmente, como añade GARCIA DE ENTERRIA ("Curso..." T. I cit., pgs. 112-113), el art. 41 L.O.E. V., art. 90 del Anteproyecto de Constitución.
- (208) GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." T. I. cit., pg. 112.
- (209) "Introducción..." cit., pg. 371.
- (210) GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." T.I. cit., pg. 112.
- (211) V., GARCIA DE ENTERRIA, ob. cit., pg. 109.

En principio, para los reglamentos de ejecución la cuestión aparece clara: la tripartición de poderes provocó la concentración de la facultad de normar en uno de ellos, el legislativo; si el ejecutivo tiene necesidad de normar o, por razones prácticas de rapidez o preparación técnica, parece oportuno que lo haga, sólo podrá realizarlo en virtud de una explícita autorización del dueño de la facultad, del legislativo.

Para los reglamentos autónomos, más aún, para "el poder reglamentario general de la Administración", se busca su reconocimiento en el llamado "principio monárquico", que se integra en el Estado junto al "principio democrático" emanado de la revolución francesa, al terminar el imperio napoleónico. Cada uno es capaz de producir su norma propia: el "principio democrático", la ley; el "monárquico", el reglamento. La integración de ambos se resuelve atribuyendo supremacía a la ley. Por último, a cada uno se asigna un espacio característico de desenvolvimiento: "la Ley se aplicaría de manera preferente a las relaciones interprivadas, en tanto que el Reglamento tendría su campo más específico en las materias de Gobierno y Administración, por la tradición de la Administración como organización regia". "De este modo quedaba claro que el Reglamento era una fuente autónoma e independiente de producción, no necesitada de habilita-

ción parlamentaria" (213).

La afirmación del "principio monárquico" como fundamento de la potestad reglamentaria (en general, pero fundamentalmente de la potestad de reglar autónomamente, dado que los reglamentos de ejecución tienen su propio inmediato fundamento), viene a significar, en mi opinión, tanto como la aceptación de la teoría de la Administración-institución con la sólo nota de más de su reconocimiento constitucional que, formalmente, cristalizará en la fórmula de la constitucional cláusula implícita de autorización.

Todo lo anterior no pasaría de ser un mal resumen de las opiniones de la doctrina administrativista, si no fuera porque su exposición permite acceder a la singular trascendencia que estas ideas tienen para el objeto del presente estudio. En efecto, si con él se trata de comprobar en que medida el elemento "resolución" del art. 358 C.p., admite disposiciones generales administrati

-
- (213) GARCIA DE ENTERRIA, ob. cit., pgs. 109-110. El fenómeno tiene una clave más profunda, que proporciona un análisis de la revolución francesa, como el realizado por el propio GARCIA DE ENTERRIA (en "Revolución francesa y Administración contemporánea", Madrid, Taurus Ediciones, S.A., 1972), clave que reside en el alumbramiento de la Administración contemporánea como "disidencia revolucionaria" (V. pgs. 39 y sgs. de la ob. últimamente citada). V., en referencia al momento presente, sobre que "la Administración... necesita legislar" y los límites de este ejercicio para su posible conciliabilidad con el "Estado de Derecho", Elías DIAZ, "Estado de Derecho y sociedad democrática" 6ª ed., Madrid, Editorial Cuadernos para el Diálogo, S.A., 1975, pgs. 100-102.

vas (reglamentos), todo lo anterior sirve para limitar este posible alcance: todo lo más podrá abarcar reglamentos autónomos, es decir, se excluyen los de ejecución. Y ello porque:

- a) Los reglamentos autónomos son los que poseen un puro carácter administrativo, pues los de ejecución están en algún modo caracterizados por lo legislativo: suponen una prolongación directa de la facultad de legislar reconocida a los Parlamentos, que los tiñe a través del vaso comunicante de la autorización.
- b) Son los auténticamente imputables al aparato administrativo del Estado, en cuanto que los de ejecución se tienen que desenvolver dentro de los márgenes señalados por una norma precedente, emanada no del ejecutivo sino del legislativo. Con ello no quiere decirse que los reglamentos autónomos puedan desconocer las normas provinientes del Parlamento, sino que se expresa la circunstancia de que los reglamentos de ejecución responden a una inmediatamente precedente norma no administrativa respecto a su origen, mientras que los autónomos no tienen porque concretar una ley precedente, sino regular otras cuestiones, aunque, eso sí, sin que esta regulación ataque a la normativa jerárquicamente superior.
- c) Si se incluyeran reglamentos de ejecución en el elemento "resolución" del art.

358 C.p., se daría una parcial repetición de normas penales habida cuenta del art. 377 C.p.; mientras que si no se incluyen los reglamentos autónomos, se produciría un vacío en la legislación penal respecto a ésta actividad administrativa. Este punto lo desarrollaré más tarde.

- d) Habida cuenta de que antes he concluido que, en relación a los actos administrativos, la "resolución" se refiere exclusivamente a aquellos de entre estos que sean decisiones, inmediatamente se advierte que esta característica de ser decisiones (declaraciones de voluntad) no la tienen los reglamentos de ejecución, en cuanto que no expresan la voluntad de la Administración, sino que concretan la expresada por otro (Parlamento). En cambio, los reglamentos autónomos son auténticas "decisiones" administrativas. Si se incluyeran los primeros en la "resolución" del art. 358, teniendo presente la anterior inclusión de actos administrativos decisorios, se concluye que se trataría de una mezcla de figuras absolutamente heterogéneas, pues a las diferencias ya antes recogidas se añadirían las derivadas del origen (que no se encuentra en la Administración, que respecto a los reglamentos de ejecución es un mero instrumento) y de su naturaleza no decisoria (en cuanto no declaraciones de voluntad de la Administración), característica esta última que tan crucial importancia selectiva se ha visto que tiene cuando de actos administrativos se trata.

no son sino concreción de leyes anteriores, la precedente afirmación podría seguir sustentándose sin más que cambiar los términos "Ley" por "reglamentos de ejecución" y "Reglamento" por "reglamentos autónomos", más la nota de que en tanto los primeros pueden normar ambas materias, los segundos únicamente lo hacen con las de "Gobierno y Administración". Lo que implica la consiguiente diversidad de contenido para unos y otros. Contenidos de cada uno que vienen a justificar, una vez más, la exclusión de los primeros y la posible inclusión de los segundos dentro del elemento "resolución" del art. 358 C.p.

- f) Mientras los reglamentos autónomos emanan de una Administración-institución, los reglamentos de ejecución surgen de una Administración-instrumento. Consiguientemente, mientras que la injusticia de los primeros afecta directa e inmediatamente a esa institución (Administración), manifiesta lo incorrecto de la actividad que desenvuelve, la de los segundos le afectará sólo mediata o indirectamente, pues lo directa o inmediatamente afectado será el principio de separación de poderes, al haberse ingerido el instrumento (la Administración) en lo que es facultad del que lo utiliza (Parlamento), lo que hace inviable su inclusión en el ámbito del art. 358 C.p. que no protege tal bien jurídico, sino en el 377 que, como se verá, sí lo protege.

- g) Se ha dicho que "no es posible encontrar, a lo largo del pasado siglo, casos de Reglamentos que no sean de ejecución de la Ley" (215). Aceptando esta afirmación, es evidente que debe concluirse que el legislador penal no pretendió en 1870, cuando incriminó por primera vez la conducta previstas en el actual art. 377 C.p., prever los supuestos de reglamentos autónomos, si no que se refería a los reglamentos de ejecución que se ingerían en la tarea propia del legislativo, bien normando más allá de la estricta ejecución y desarrollo de una ley precedente que los origina (desbordamiento de la autorización), bien contradiciendo el principio de jerarquía normativa al pretender derogar o suspender la ejecución de una ley por medio de una norma inferior a ella (reglameto que la debía sólo ejecutar) (216).

(215) VILLAR, "Introducción..." cit., pg. 379. Continúa este autor diciendo: "El Reglamento era concebido originariamente como formando un grupo normativo necesario con la Ley. Será sólo cuando, a través de Posada, se introduce la idea alemana de la Verordnung, cuando se planteará en un paralelo muy dudosamente aceptable el tema de los Reglamentos autónomos. Su punto de partida es la propia traducción inadecuada de Verordnung = Reglamento, que concluirá con la impropia equiparación entre potestad reglamentaria y potestad normativa autónoma de la Administración. La otra fuente de importación será el pouvoir réglementaire del Derecho francés y belga".

(216) La corroboración de esta tesis de que sólo pensando en los reglamentos ejecutivos se dictó esta norma penal (al margen de las posibles ingerencias del poder judicial), se encuentra en los comentaristas del C.p. de 1870 (primer texto legal en que aparece regulado el tema en la forma actual).

Quedaba con ello un vacío en la regulación penal: la incriminación de las conductas de la Administración jurídico-penalmente relevantes a través de los reglamentos autónomos; pero, tal vacío verdaderamente no existía en la realidad en la época, en la medida en que no conocía los reglamentos autónomos; surgió posteriormente, y a él se debe atender con el mecanismo que después propondré.

(216) ...

En efecto, según GROIZARD: "Al poder ejecutivo incumbe gobernar y administrar observando y haciendo observar las leyes. Sólo, para su mejor aplicación, puede este dictar reglamentos o disposiciones de carácter general". "Cuando sus funcionarios salen de este círculo, cuando disponen, mandan u ordenan algo de carácter general, sin estar para ello autorizados por las propias leyes, cuando directa o indirectamente legislan o suspenden la ejecución de una ley, exceden sus atribuciones, perturba la armonía de los poderes, usurpan funciones legislativas, infringen la Constitución del Estado y se hacen reos del delito de este artículo..." ("El Código Penal de 1870..." cit., T.IV, pgs. 231-232). Así también VIADA comenta: "La usurpación de atribuciones más grave que puede cometerse es la que consiste en invadir las facultades que corresponden al poder legislativo; como el artículo 388 no distingue quien lo ejecuta, es obvio que puede cometer este delito de usurpación lo mismo el poder ejecutivo que el judicial. De dos maneras puede tener lugar aquella: o dictando reglamentos o disposiciones de carácter general, o derogando o suspendiendo la ejecución de una ley; no es fácil que el poder judicial incurra en la primera de dichas usurpaciones, ya que sus facultades están limitadas a aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (artículo 2º L.O.P.J.). El poder ejecutivo es ciertamente el que más expuesto se halla a cometer esta invasión, ya que al mismo corresponde la facultad de hacer reglamentos para el cumplimiento y aplicación de las leyes, previos los requisitos que las mismas señalen; y es por lo mismo más fácil que dicte esos reglamentos o disposiciones generales excediéndose de sus atribuciones", ("Codigo penal reformado de 1870. Concordado y comentado", 4ª ed., T.II, Madrid, 1890, pg. 615; el primer y último subrayado en el original, el segundo es mío).

Antes de pasar a otra cuestión, es menester aclarar una afirmación acabada de hacer que, por ser sólo parcialmente cierta, puede inducir a equívoco. Me refiero a cuando he dicho que las conductas que actualmente regula el art. 377 C.p., se incriminaron por vez primera en el C.p. de 1870.

A este respecto, debe advertirse que si, ciertamente, es en el art. 388 de ese Código donde por primera vez se emplean prácticamente los mismos términos que en la actualidad (217), no obstante el origen estricto de esa norma radica en los arts. 505 del C.p. de 1822 (218) y 298 y 307 de los Códos. de 1848 y 1850, respectivamente (219). Estos prime-

-
- (217) Art. 388, C.p. de 1870: "El funcionario público que invadiere las atribuciones del Poder legislativo ya dictando reglamento o disposiciones generales excediéndose de sus atribuciones, ya derogando o suspendiendo la ejecución de una ley, incurrirá en la pena de inhabilitación temporal y multa de 150 a 1.500 pesetas".
- (218) Art. 505, C.p. de 1822: "Cualquiera de los referidos que a sabienda exceda de las atribuciones de su empleo, cargo u. oficio público, o ejerza otras de las que no le corresponden, será suspenso de todo cargo y empleo por dos meses a tres años, pagará una multa de cinco a sesenta duros, y será apercibido; sin perjuicio de mayor pena si el exceso que cometa tuviera otra señalada. Si no lo hiciera a sabiendas, sino por descuido o falta de instrucción, pagará una multa de la mitad menos, y será reprendido y suspenso de empleo y sueldo por quince días a cuatro meses".
- (219) Art. 298, C.p. de 1848: "El empleado público que dictare reglamentos o disposiciones generales excediéndose de sus atribuciones, será castigado con la pena de suspensión". De idéntica redacción es el art. 307 del C.p. de 1850.

ros precedentes, son más genéricos en sus términos, aunque parecen querer castigar idénticos supuestos (220); habiéndose limitado el art. 388 del C.p. de 1870, consiguientemente, sólo a concretar las conductas, añadiendo la precisión de que se invaden las atribuciones del poder legislativo (a más de incluir también la derogación o suspensión de la ejecución de una ley, como una nueva modalidad en idéntico sentido); continuidad de ideas que otorga un mayor apoyo al argumento expuesto en este apartado f).

Es evidente, sin embargo, que la mayor amplitud de términos de los señalados artículos de los Códigos de 1848 y 1850, permitía incriminar las usurpaciones de atribuciones administrativas por parte de órganos de la propia Administración que no las poseían, mediante el dictado de reglamentos (221).

-
- (220) Aparte queda la posibilidad de comisión por jueces, de la que no trataré ni aquí ni en toda la posterior exposición.
- (221) Prueba de ello es el comentario de PACHECO al art. 307 del C.p. de 1850, en el sentido de que "el artículo presente se limita al caso de que un empleado que está puesto para la resolución de negocios particulares, dicte reglas, tome disposiciones generales, superiores sin duda a su categoría. Cuando tal ocurra, nadie dirá que es injusta la ley suspendiéndole en su destino: ciertamente no podía ser más suave. A quien ignora de este modo los límites de su poder, por lo menos es indispensable darle tiempo para que los aprenda" ("El Código Penal concordado y comentado", 2ª ed. Madrid, 1856, pg. 482).

No obstante, conviene tener presente que en ningún momento se pretendió incriminar con estos artículos los supuestos de reglamentos injustos sin más, esto es, simplemente contrarios al ordenamiento jurídico en cualquier aspecto, sino únicamente a los contrarios al ordenamiento de un concreto aspecto: cuando la injusticia residía en que el dictado del "reglamento o disposición general" se había hecho con exceso de atribuciones y, en consecuencia, invadiendo las del legítimo titular de éstas. En este sentido son demostrativos los siguientes comentarios de PACHECO (222): "1. Cada poseedor de una parte de la autoridad pública tiene su esfera de acción, y sus propias y peculiares facultades. Dejando aparte el poder soberano que ejercen las Cortes con el Rey, desde los Ministros de la Corona hasta los alguaciles de juzgado y guardas de montes, cada uno tiene su destino, tiene sus atribuciones, tiene su poder. Estos corresponden a la esfera gubernativa, aquellos a la administrativa, los otros a la judicial. 2. Pues bien; se dice que usurpa atribuciones: 1°. los que, saliéndose de su propia esfera, invaden cualquiera otra, y toman en ella unas u otras resoluciones de cualquier importancia. Tales son el jefe

(222) Ob. cit., pg. 482. Igualmente demostrativos que los comentarios de PACHECO, son los de CASTRO y ORTIZ DE ZUÑIGA, "Código Penal explicado para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones", Granada, 1848, pg. 243, aunque de forma menos explícita.

político que juzgare, el tribunal que gobernare, el militar que se mezclase en la Administración, el intendente que diera órdenes a la tropa. 2°. Los que, en su misma esfera, se apropiasen o ejecutasen atribuciones de otra autoridad más elevada. Tales son a su vez, el comisario que ordenase lo que toca al jefe, el juez inferior que dictare ejecutorias, y cualquiera otro caso semejante, de importancia mayor o menor".

Aparte de ser demostrativos de la referida idea, estos párrafos de PACHECO permiten la siguiente reflexión: dirigidos al total capítulo de las usurpaciones de atribuciones, siguen teniendo, en líneas generales, validez. Sin embargo, operada por lo que se refiere al art. 307 del C.p. de 1850 la señalada limitación a través del 388 del C.p. de 1870, esto es, la necesidad de invadir atribuciones legislativas (dicho de otro modo, dedicado este artículo a la separación del legislativo de los otros dos poderes, al modo como los artículos siguientes se dedican a marcar la separación entre judicial y administrativo), queda como materia residual, no tipificable en ninguna de estas normas, las usurpaciones de atribuciones dentro de la "misma esfera" de poder, concretamente, ya que tiene que ser por medio de "reglamentos o disposiciones generales", las que se operan dentro de la Administración.

Esta materia hay que recinducirla entonces a la prevaricación de funcionario público, art. 358 del actual C.p., cuyo elemento

"resolución" admite estos "reglamentos y disposiciones generales" en la medida que ahora trato de determinar, y cuyo otro elemento "injusta" admite la ilegalidad que supone el dictar tales normas sin estar legitimado legalmente para ello.

Pudiera pensarse que esta materia encuentra su regulación en el art. 320, párr.1º, del C.p., en cuanto que la mayoría de los autores y la jurisprudencia admiten la comisión de la conducta en él prevista no sólo por particulares, sino también por funcionarios (223). Sin embargo, con ello se llegaría a la desproporcionada conclusión de castigar la usurpación de funciones dentro de la Administración con pena de prisión menor, en tanto que la de funciones legislativas por los propios administradores se castigaría con inhabilitación especial y multa. Debe, pues, tenerse en cuenta que el art. 320 no contempla el simple atribuirse funciones sino el hacerlo "atribuyéndose caracter oficial", añadido que, aunque no necesita ser absolutamente explícito (224), circunscribe los supuestos dentro del más genérico supuesto que planteo, aproximándolos a las denominadas "falsedades personales", en las que "el interés jurídicamente protegido sigue siendo la fé pública, en el sentido de que es esta la que ampara con su prestigio la identidad de

(223) "Un funcionario al que no están específicamente encomendadas las funciones que usurpó", según QUINTANO, "Compendio..." T. II cit., pg. 127.

(224) "a veces... un acto inequívoco, unido a un signo peculiar es suficiente", dice QUINTANO, ob. cit., pg. 128.

personas y funciones" (225). Será, pues, la atribución del carácter oficial, que provoca no sólo que los actos de uno realizados por otro pueden aparecer como también ejercitables por el segundo, sino también que éste sea tomado por aquél, lo que permitirá distinguir la usurpación de funciones de un funcionario por otro (dictar un funcionario resoluciones, siendo a otro a quien corresponde hacerlo) de la prevaricación consistente en el dictado de una resolución por aquél a quien no está atribuida la posibilidad de hacerlo (lo que implica su injusticia) (226).

- h) Circunscrito el alcance de la "resolución", por lo que a los reglamentos se refiere, a los reglamentos autónomos, se hace preciso señalar otras dos exclusiones:

En primer lugar, la de los reglamentos "del ordenamiento jurídico civil", nacidos de las delegaciones que algunas leyes civiles hacen en el ejecutivo. Estos reglamentos, no pueden ser "resoluciones" del art. 358 C.p., por las siguientes tres razones: Primera, el concepto de reglamento que, desde un principio, se maneja aquí "se circunscribe solamente a los Reglamentos administrativos", y los reglamentos ahora aludidos (por ejemplo, los reglamentos de ejecución de la Ley Hipotecaria o de la del Registro Civil) "no tienen carácter administrativo, ya que

(225) QUINTANO, ob. cit. pg. 127.

(226) Aparte quedan las críticas que pueden dirigirse a la situación del tipo del art. 320, párr. 1º, entre las falsedades.

no regulan materias administrativas, sino Leyes civiles; su impugnación y su régimen jurídico siguen reglas distintas de las propias del Reglamento administrativo" (227). Segunda, serían en todo caso reglamentos de ejecución, excluidos del alcance del art. 358 C.p. conforme a las razones exteriores. Tercera, el art. 358 C.p. al hablar de "resolución... en asunto administrativo", no puede referirse más que a resoluciones (actos o reglamentos) administrativos.

No ocurre, en cambio, lo mismo respecto del art. 377 C.p., que, al no señalar ninguna nota en relación a la materia, es capaz de acoger los reglamentos de ejecución de las leyes de contenido tanto administrativo como no administrativo.

En segundo lugar, no pueden tampoco ser "resoluciones" del art. 358 C.p. los llamados "reglamentos parlamentarios", que son "emanación, en el seno del ordenamiento estatal, del poder de auto-organización y auto-disciplina de las asambleas representativas, para asegurar la independencia del trabajo y de la decisión en el complejo mecanismo organizativo del Estado moderno" (228). La más elemental razón de exclusión de estos reglamentos se basa en que el bien jurídico atacado por uno de ellos que fuera contrario al ordenamiento jurídico, evidentemente no

(227) VILLAR, "Introducción..." cit., pg. 365.

(228) VILLAR, ob. cit., pg. 365.

sería el servicio que la Administración pública presta a la comunidad a través del desenvolvimiento de su actividad propia.

La inclusión de estos supuestos en el art. 377 C.p., al contrario de los que ocurría en el caso anterior, resulta aquí problemática. En efecto, considerados exclusivamente los términos del mismo, no parece existir inconveniente para la incriminación de aquellos reglamentos parlamentarios que normen materias que competen a la ley o que pretendan la derogación o suspensión de una ley (hipótesis imaginable, dada la materia sobre la que versan tales reglamentos y la presente existencia de la Ley para la Reforma Política), ya que, en el primer caso, se da una efectiva invasión de las atribuciones legislativas, entendidos los términos como atribuciones que competen a la ley (229) y un consiguiente exceso en las

-
- (229) Esta interpretación de los términos "invadiere las atribuciones legislativas", puede, desde una determinada perspectiva, ser perfectamente suscribible, y con ello dar por terminada la cuestión que se plantea. Esta perspectiva, es la que prestaba el art. 2-II de la L.O.E., al declarar que "el sistema institucional del Estado español responde a los principios de unidad de poder y coordinación de funciones"; es decir, la manifestación de la inexistencia en el sistema español de la independencia de poderes, sustituida por la coordinación de las respectivas funciones. Así las cosas, no se exigiría para el castigo de las conductas descritas en el art. 377, la invasión de las atribuciones del poder legislativo, sino de la función legislativa. Y hablar en términos de función en lugar de en términos de poder, supone tanto como transportar la consideración de términos políticos a términos técnicos. En este sentido, ya no se hablaría de atribuciones que competen al legislativo, sino de las atribuciones que competen a la ley (c.q.d.).

atribuciones de quienes dictaron el reglamento. Sin embargo, examinada la cuestión desde la perspectiva del bien jurídico, con la consecuencia de interpretar los términos "invadiere las atribuciones legislativas" en el sentido de invasión de las atribuciones que son propias del poder legislativo, dado que son las propias Cortes quienes elaboran los reglamentos en cuestión, no parece que pueda existir el inexcusable ataque al bien jurídico principio de división de poderes.

- i) Todo lo anterior permite circunscribir el elemento "resolución" del art. 358 C.p., por lo que a los reglamentos se refiere, a aquellas disposiciones generales, para conductas futuras, con carácter administrativo, imputables al aparato administrativo del Estado, con forma y régimen típicos (230), que supongan actuación autónoma de la Administración y no simple ejecución de una ley precedente.

D) La ausencia de otro tipo penal para algunos reglamentos autónomos injustos.

Si determinados reglamentos no estuvieran abarcados por el elemento "resolución" del art. 358 C.p., gran parte de las conductas cuya vertiente objetiva consiste en dictar reglamentos autónomos injustos, quedaría sin tipificar.

(230) Definición de reglamento conforme a las nortas que señala VILLAR, "Introducción..." cit., pgs. 364-366.

Así es si se comparte la opinión antes expuesta de que el actual art. 377 del C.p. procede de las normas que tipificaban las invasiones del poder ejecutivo, llevadas a cabo mediante los reglamentos (de ejecución, que eran los únicos conocidos), en la esfera de atribuciones del legislativo, es decir, con el propósito de proteger el bien jurídico división de poderes.

Con ello suscribo la parte mejor de la tesis sustentada hoy por RODRIGUEZ DEVESA que sitúa el delito de que trata el art. 377 entre los "delitos contra la división de poderes dentro del Estado" (231). Frente a esta opinión (que, no obstante está matizada por el autor -y esto es lo que ya no suscribo- en el sentido de que "el principio de la división de poderes... hoy se considera más bien desde el punto de vista de las funciones") (232), está la de QUINTANO, para quien lo que se tutela es "el normal ejercicio de las funciones públicas, en tanto que tales funciones y no en el de poderes del Estado, en cuyo supuesto de infracción constitucional se hallan previstas parejas tipicidades en la sección 2ª, Capítulo II del Título II" (233).

-
- (231) "Parte Especial" cit., pgs. 632 y sgs.; también MUÑOZ CONDE, "Derecho Penal. Parte Especial", 2ª ed., Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1976, pgs. 524 y sgs.
 - (232) RODRIGUEZ DEVESA, ob. cit., pg. 632; este matiz, verdaderamente vago e indeterminado, resultaba, sin embargo, comprensible en atención al sistema precodificado por la L.O.E.; pero, no parece que se acomode a la realidad de 1977 (fecha de la última edición de la obra citada).
 - (233) "Compendio..." T. II cit., pg. 175.

La alegación de que existen otros delitos, tipificados en lugar distinto del Código, que atacan este bien jurídico, aún si fuera cierta, no es, en realidad, suficiente para contradecir la opinión de que también en este lugar se contienen delitos contra la devisión de poderes. Puesto que en otros muchos artículos de entre los comprendidos en el Tit. VII, "de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos", se puede detectar la comunidad de bien jurídico protegido respecto a delitos recogidos en sitio diferente del propio Código. Hasta tal punto es así, que incluso se ha señalado, con caracter genérico, que "las vacilaciones sistemáticas del legislador revelan la tendencia a conceder la prioridad al pensamiento del bien jurídico como criterio ordenador, y como el título VII es un residuo histórico de figuras que no han hallado mejor acomodo en otros lugares del Código. Por ello aunque la ley acentúa como lazo de unión de los delitos contenidos en el título que el sujeto activo ha de ser un funcionario, no excusa indagar cual sea el interés protegido" (234).

Por lo demás, ya se ha visto como los comentaristas de los Códigos precedentes señalan, sin dudarlo, a la división de poderes como el bien jurídico protegido por la norma en comentario.

En realidad, la cuestión surge por la variación que el C.p. de 1944 supuso respecto a sus

(234) RODRIGUEZ DE VESA, "Parte Especial" cit., pg. 990; V. la n. 8 en esta misma pg. y las pgs. 996-997.

precedentes de 1932 y 1870 (235). En esos Códigos, arts. 382 y 388, respectivamente, se habla de invadir "las atribuciones del Poder legislativo", término este de "Poder" que desaparece en la redacción del art. 377 del C.p. de 1944 y se mantiene así hasta el actual.

La supresión de este término, quiere, torpemente, reflejar la ideología del nuevo Estado impuesto tras la guerra civil. Ideología que, respecto a este punto, tiene su plasmación "constitucional" en el art. 2-II de la L.O.E.: "el sistema institucional del Estado español responde a los principios de unidad de poder y coordinación de funciones". En este sentido, frente a la opinión de GARCIA DE ENTERRIA (236), debe decirse que si se ha variado "la tipificación de los delitos de usurpación de atribuciones a través de los distintos Códigos penales que se han sucedido hasta la fecha" (aparte de la ya apuntada diferencia, tampoco señalada por este autor, respecto a los Códigos de 1848 y 1840).

Perdiendo la óptica del bien jurídico, y dejando incluso de lado la mediatización del alcance de la proclamación de la L.O.E. que se

-
- (235) El delito del actual art. 377, no aparecía en el C.p. de 1928, lo que es lógico dada la situación política de dictadura en que nació, y no por las absurdas razones que ofrecía JARAMILLO ("Novísimo Código Penal, comentado y cotejado con el de 1870", Vol. II (Libros II y III. Artículos 215 al 850), Salamanca, 1929, pgs. 151-152.
- (236) "Curso..." T. I cit., pg. 28.

hace por alguna doctrina (237), resulta indiferente hablar de separación de poderes o de diferenciación de funciones coordinadas, pues lo que importa es la existencia de unas esferas de actuación singularizadas que no admiten, más allá de lo legalmente permitido (que es mucho), ingerencias de las unas en las otras. Aún si se tiene en cuenta la fuerza expansiva de la función administrativa, que difumina los límites, si se acepta la teoría de la "prevalencia" modernamente postulada por la doctrina (238). Sin embargo, además de que la actualidad constitucional lo impone, resulta preferible hablar de separación de poderes (si se quiere, dentro de la teoría de la "prevalencia") pues, al margen de que es el término tradicional e internacionalmente aceptado, primero, no repugna a muchas de las leyes vigentes después de la guerra (como, por ejemplo, la Ley Orgánica del Poder Judicial) y, segundo, marca una pauta correctora a seguir, desde la perspectiva de una crítica para mejor, interna al sistema (cuestión distinta sería si la crítica se hiciera desde fuera). Atendiendo a este punto de vista, estos delitos deben desaparecer del Título destinado a agrupar a los "delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos" (Tit. VII) y pasar a un Título de delitos contra la Constitución (actualmente, bajo otro nombre, Tit. II).

(237) V., p. ej., GARCIA DE ENTERRIA, ob. cit., pgs. 28-29.

(238) V., Franceso TAGLIARINI, "Il concetto di pubblica amministrazione nel codice penale", Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1973, pg. 99.

Volviendo a lo que al principio decía, el actual art. 377 procede de normas que protegían el bien jurídico división de poderes concretado en la separación entre ejecutivo y legislativo (239) (aparte del genérico castigo al mero exceso de atribuciones a través del dictado de "reglamentos o disposiciones generales", contenidos en los Códigos de 1848 y 1850). Surgidos posteriormente los reglamentos autónomos de la Administración, se creó un vacío en la regulación que la voluntad de ley (no ya, por supuesto, la del legislador) expresada en el tipo del art. 377 es incapaz de colmar totalmente.

En efecto, si inicialmente hay que interpretar este artículo, como ya he indicado, en el sentido de que las conductas que describe abarcan, en primer término, a aquellos reglamentos de ejecución que, sobrepasando la autorización que los justifica, van más allá del mero desarrollo de la ley que concretan, y, en segundo lugar, a aquellos reglamentos que atacan el principio de jerarquía normativa, surgido como materialización de la propia división de poderes (240), mediante la pretensión de derogar o suspender la ejecución de una ley (norma de superior rango); aparecidos los reglamentos autónomos, el tipo del art. 377 puede extenderse también a aquellos de entre éstos últimos que, no

(239) En otra ocasión ya he indicado que también los jueces pueden incurrir en el delito de que trata el art. 377 C.p., especialmente dada la segunda modalidad de conducta que este contiene. Consecuentemente, también se protege la separación entre legislativo y judicial. Modalidad y bien jurídico en cuya consideración no entraré por no ser el art. 377 más que objeto lateral del presente trabajo.

(240) V. GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." T. I cit., pg.166.

ya se exceden en la ejecución de una ley, sino que sin necesidad de responder a una ley precedente incidan en las llamadas "materias reservadas" (241), o bien pretenden derogar o suspender la ejecución de una ley -lo que en definitiva no es sino una de las materias reservadas- (242).

Pero, con ello no se agotan todas las posibilidades de reglamentos autónomos -es decir, "Reglamentos independientes, que no responden al desarrollo de ninguna Ley, sino que regulen determinado sector social sin una Ley previa que haya determinado los criterios generales de tal normación" (243)- injustos. Partiendo de la definición acabada de recoger, es obvio que habrá más reglamentos de este tipo cuya injusticia no consista en normar materias reservadas o derogar o suspender la ejecución de una ley. Si esto es así y, además, se tiene en cuenta que tales injustos reglamentos no atacan ya al bien jurídico división de poderes, pues estos supuestos se han considerado antes con la ampliación de conductas propuestas para el art. 377, la cuestión es: ¿existe algún otro tipo penal al que puedan adaptarse tales reglamentos y cuyo bien jurídico protegido se vea afectado por ellos?

A mi entender, la respuesta debe ser afirmativa y apuntar al art. 358, a su elemento "resolución" y al bien jurídico protegido por esta norma.

(241) V. GARCIA DE ENTERRIA, ob. cit., pgs. 165-181, especialmente las pgs. 174-176 por lo que a las concretas materias reservadas se refiere.

(242) V. arts. 23, 1 y 26, primer inciso de la L.R.J.A.E.

(243) VILLAR, "Introducción... cit., pg. 379.

Es cierto que ésta no fue la voluntad del legislador que, con los artículos predecesores del 377 para los reglamentos de ejecución y los del 358 para los actos administrativos que reunieran determinadas características, creía haber agotado la temática. Pero, es posiblemente la voluntad de la ley extraíble de ambos artículos y de sus términos. Este es el resultado, en mi opinión, al que conduce una correcta interpretación, aunadora de los distintos criterios, de la ley, conforme con la "naturaleza creadora" de la interpretación y con la "meta" de ésta: "la adaptación de la ley a las necesidades y concepciones del presente" (244).

En otras palabras, la existencia de un reglamento ilegal (aparte la vertiente subjetiva de los tipos) no provoca sin más "la entrada en juego del Código Penal a través del artículo 377", como parece postular VILLAR (245), sino que será de aplicación dicho art. 377 cuando ante un reglamento injusto, éste sea de ejecución y la injusticia reside en haberse excedido en el desarrollo de la ley que ejecuta (246), o bien sea

(244) Edmundo MEZGUER, "Tratado de Derecho Penal", T. I 2ª ed. revisada y puesta al día por José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Editorial Revista de Derecho privado, 1946, pgs. 148-149 y 153-156.

(245) "Introducción..." cit., pg. 399.

(246) No solamente en haber sobrepasado una autorización explícita, pues, como se ha visto, la constitucional cláusula implícita de autorización justifica también el poder administrativo de dictar reglamentos de ejecución. Por tanto, debe atenderse más a un criterio material que formal: el reglamento va más allá del simple desarrollo de una ley a que responde, supuesta la autorización constitucional o presente una explícita autorización.

un reglamento autónomo que pretende normar materia reservada a la ley, o bien, por último, sea un reglamento cualquiera que pretende derogar o suspender la ejecución de una ley. Mientras que será de aplicación el art. 358 (aparte actos administrativos injustos) cuando el reglamento injusto sea autónomo y la injusticia no resida en pretender normar materia reservada o en derogar o suspender la ejecución de una ley.

E) Otros reglamentos incluíbles. Ambito del reglamento autónomo.

En la delimitación de la materia incluíble en el elemento "resolución" del art. 358 del C.p. por lo que se refiere a los reglamentos, ya se han excluído los reglamentos ejecutivos, aquellos autónomos que se acaban de indicar en el apartado anterior, los reglamentos "del ordenamiento jurídico civil", los reglamentos parlamentarios y, en términos generales, existe un límite máximo que es la ley (parlamentaria o Decreto-Ley). Conviene ahora intentar averiguar el contenido positivo y el límite mínimo.

Para ello, es preciso considerar los siguientes puntos:

- a) La doctrina administrativista, suele recoger los siguientes tres grupos genéricos de reglamentos:

Primero: "Reglamentos de ejecución legal" (247).

(247) VILLAR, "Introducción..." cit. pg. 380.

Excluidos del art. 358 C.p., conforme espero haber demostrado.

Segundo: "Reglamentos que miran a la organización", que "son aquellos que se refieren y dirigen al funcionamiento y a la esfera jurídica de actuación de un ente administrativo, de un órgano administrativo específico. Dentro de este grupo cabe hacer subdivisiones: los Reglamentos de organización; los Reglamentos o Estatutos del ente administrativo, en los que no solamente se autoorganiza, sino que se limitan los derechos y deberes del mismo ente; los Reglamentos sobre uso de facultades por la Administración; los Reglamentos sobre uso de servicios públicos, sobre uso del dominio público, etc. Todos ellos son independientes frente a la Ley" (248). Estos pueden entenderse, en principio, en general subsumibles en el término "resolución" del art. 358 C.p.

Tercero: "Reglamentos de policía administrativa", que son "todos aquellos cuyo fin es limitar los derechos o actividades privadas en interés público. Por ejemplo, la regulación de la sanidad nacional, de policía urbana, etc." (249).

(248) VILLAR, ob. cit., pg. 381.

(249) VILLAR, ob. cit., pg. 381.

También, en principio, en general pueden ser "resoluciones" de las del art. 358 C.p.

Si se transporta la anterior clasificación a la legislación española, se obtiene, según VILLAR (250), el siguiente cuadro:

Primero: "Reglamento de ejecución". Excluido.

Segundo: "Reglamentos de policía". A los que se refiere el art. 14,3 de la L.R.J.A.E., cuando se refiere a la competencia de los ministros para "ejercer la potestad reglamentaria en las materias propias de su departamento". En general incluíbles.

Tercero: "Reglamentos orgánicos" del art. 13, 7 L.R.J.A.E.: "Corresponde al Presidente del Gobierno proponer, conocer y elaborar cuantas disposiciones se dicten sobre la estructura orgánica... de la Administración pública"; facultad delegable en el Ministro de la Presidencia. En general, también incluíbles entre las "resoluciones" del art. 358 C.p. (251).

(250) Ob. cit., pgs. 383-385

(251) En particular, están excluidos, conforme al art. 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J.), los reglamentos que pretendieran reglar la organización de los Juzgados y Tribunales o las condiciones para el ingreso y ascenso en la carrera judicial, pues, al disponer este artículo que "las disposiciones reglamentarias que el poder ejecutivo adopte en uso de sus atribuciones nunca alcanzarán o derogar ni a modificar la organización de los Juzgados y tribunales, ni las condiciones que para

Cuarto: "Reglamentos, medidas y ordenanzas de necesidad. El Reglamento normal o de ejecución supone una disposición general secundum legem. El Reglamento independiente o autónomo es praeter legem. Hay un supuesto excepcional de disposición administrativa contra legem, motivada por razones de urgencia o necesidad..Son supuestos que evidencian la supeditación del Derecho a los hechos. La ordenanza de necesidad es un actio, no una constitutio, es decir, pretende resolver una situación ya surgida, no aspira a normar el futuro. Por eso su vigencia está determinada por la permanencia de los hechos, que la legitiman"(252).

Considerados normas y no actos (lo que solventaría la cuestión en favor de su inclusión en el art. 358 C.p.), el problema se traslada, en primer lugar a su estimación como equiparados a leyes. Esta equiparación debe rechazarse dado el criterio formal que rige en la materia y la justificación material que fundamenta este formalismo.

(251) ...

el ingreso y ascenso en la carrera judicial señalen las leyes", está situando entre las materias reservadas a la ley, la normación de estas cuestiones, por lo que los reglamentos que de ellas traten serán susceptibles de dar lugar a la aplicación del art. 377 C.p. En el mismo sentido que el art. 6 L.O.P.J., V. arts. 109, 3 y 4 y 114, 1 del Anteproyecto de Constitución.

(252) VILLAR, "Introducción..." cit., pg. 385.

En consecuencia, no sobrepasa el límite máximo trazado y plantea ahora la duda de su inclusión en el art. 377 o en el 358. En mi opinión, no puede aceptarse la posibilidad del art. 377, por cuanto no suponen invasión de las atribuciones propias del poder legislativo, habida cuenta de que legalmente se admiten como función propia del ejecutivo. Consiguientemente, cabe pensar en su inclusión en el art. 358, pero advirtiendo que en tales supuestos son de fácil concurrencia los estados de necesidad excluyentes de la responsabilidad criminal.

- b) Cuestión importante en la determinación del contenido positivo de la "resolución" del art. 358 C.p. en relación a los reglamentos, es la averiguación de a quien compete la potestad reglamentaria. A este respecto, y por lo que a la Administración del Estado concierne, puede decirse con VILLAR que mientras, a tenor de los arts. 24 y 25 de la L.R.J.A.E., "la potestad reglamentaria de ejecutar las leyes corresponde... al Consejo de Ministros, por el contrario, la potestad de regular materias pertenecientes sólo a un Ministerio incumbe al Ministro (artículo 14, 3 de la L.R.J.A.E.)", de esta última potestad, sigue diciendo el propio autor, "hay que excluir aquellas disposiciones de carácter general que afectan al personal de la Administración, en las que resulta preceptiva la aprobación de la Presidencia del Gobierno" (art. 2 L.P.A., en relación con el art. 13, 7 L.R.J.A.E.); de otra parte, hay que decir que, aparentemente, las Comisiones Delegadas carecen de competencia reglamentaria, "sin embargo, en una multitud de disposiciones ex

presas de naturaleza dispersa se les atribuye esta facultad" (253).

Dicho de esta manera y sacando las consecuencias que importan a los presentes efectos:

Partiendo de la base de que, como indica GARCIA DE ENTERRIA, "salvo que existan habilitaciones legales específicas" hay que entender que la potestad reglamentaria sólo la puede ejercer el Consejo de Ministros (254), de ello deriva: Primero; que los Ministros, "salvo en cuestiones organizativas de carácter doméstico propias de su Departamento", no poseen "un poder reglamentario originario, sino derivado, fruto de específicas habilitaciones legales" y, por tanto, cuando regulan materias que exceden de la salvedad indicada, se amparan "en una habilitación contenida en una Ley o, por lo menos, en un Decreto" (255). Segundo; que el poder reglamentario de las Comisiones Delegadas del Gobierno (que se manifiesta a través de Ordenes del Ministro competente o de la Presidencia del Gobierno), tiene la misma naturaleza derivada. Tercero; con mayor razón que en relación a los Ministros, puede decirse lo mismo que para ellos para el poder reglamentario de las

(253) "Introducción..." cit., pg. 386.

(254) "Curso..." T. I cit., pg. 118.

(255) GARCIA DE ENTERRIA, ob. cit., pgs. 118-119.

"autoridades y órganos inferiores" a que se refiere el art. 23 de la L.R.J.A.E.

De lo anterior se concluye que, aparte de los reglamentos organizativos (incluibles, como queda dicho, en el art. 358 C.p.), los demás reglamentos acabados de mencionar, esto es, los reglamentos derivados, en cuanto no lo sean en virtud de alguno de los mecanismos de legislación delegada, sino que su origen esté en otro tipo de habilitación, cuando son injustos evidentemente no suponen invasión de atribuciones legislativas, ni ataque a la división de poderes concreta da en la separación entre legislativo y ejecutivo, sino injusticia administrativa y ataque al servicio a la comunidad que la Administración tiene que prestar en el desenvolvimiento de su actividad. En definitiva, que son incluibles entre las "resoluciones" del art. 358 C.p.

- c) Hasta aquí, como he indicado, sólo se ha tratado de los reglamentos emanados de la Administración Central y, sin embargo, la potestad reglamentaria no la monopoliza ésta, "sino que la poseen también todas aquellas entidades que tengan carácter institucional equiparable al de aquella" (256).

(256) VILLAR, "Introducción..." cit., pg. 392.

Ahora bien, esta potestad reglamentaria "es subordinada en un doble sentido: en primer lugar, en cuanto es preciso que la autoridad se confiera heteronómicamente, es decir, desde fuera... en una palabra: que le sea autorizada esta potestad reglamentaria que luego ejercerá independientemente"; se trata, pues, también de una potestad reglamentaria derivada, en cuanto procede de la "ley creadora o reguladora" de los entes autónomos (257). Es también subordinada, en segundo lugar, "en cuanto al ejercicio específico de esta potestad", normalmente los reglamentos de las entidades autónomas "necesitan aprobación central y superior de aquella Administración que ejerce la tutela sobre las mismas"; no obstante, esto no significa que tales reglamentos derivados ocupen "un lugar subordinado respecto al reglamento central... la subordinación no es del reglamento, sino de la potestad reglamentaria, que es cosa muy diferente, si se diera una contradicción entre el reglamento central y el del ente autónomo, regulando ambos materia exclusiva de éste, prevalecería el del ente autónomo (258).

(257) VILLAR, ob. cit., pg. 394; V. los arts. 6, 2; 33; y 76 L.E.E.A. y 108 L.R.L., citados por el autor a continuación.

(258) VILLAR, ob. cit., pg. 395. Para las futuras Comunidades Autónomas previstas en el Anteproyecto de Constitución, ténganse en cuenta los ya citados arts. 139, 2 y 90, de ese texto.

A mi juicio, las disposiciones generales acabadas de referir, son susceptibles de incluirse entre las "resoluciones" del art. 358 C.p., en tanto que son reglamentos, administrativos y no de ejecución de una norma emanada del legislativo, ésto es, son autónomos.

En este sentido, pueden darse por reproducidas aquí todas las consideraciones que, sobre estos reglamentos autonómicos, he recogido en el apartado F) de la "Introducción".

- d) Me referiré ahora a las "circulares, instrucciones y órdenes de servicios" (259). En opinión de VILLAR, "fundamentalmente, en lo que afecta a nuestro Derecho positivo, las circulares son jurídicas (artículo 27 de la L.R.J.A.E.) y obligan a terceros en cuanto sean publicadas (artículo 29 de la L.R.J.A.E.) y sean los destinatarios los administrados; por el contrario, si son de cumplimiento estrictamente interno, no son normas reglamentarias sino que se engarzan en la jerarquía (artículo 14 de la L.R.J.A.E., números 1 y 3)... Orden comunicada es una pura instrucción de servicios que obliga al funcionario, y cuyo fundamento no es la potestad reglamentaria sino la potestad jerárquica... Por el contrario, junto con la cir

(259) V. los arts. 18 L.R.J.A.E. y 7 L.P.A., citados por VILLAR, ob. cit., pg. 398.

cular, las instrucciones publicadas son normas de Derecho que afectan a terceros y pueden ser invocadas ante los tribunales"(260).

Aquellas de entre las circulares o instrucciones mencionadas a las que se otorga caracter reglamentario, no cabe duda que, caso de ser injustas, son incluirbles (siempre que no pretenden normar materias reservadas a la ley o derogar o suspender la ejecución de una ley) entre las "resoluciones" del art. 358 C.p.

Respecto a las que no se otorga este caracter reglamentario y a las órdenes comunicadas, como ya he señalado en el apartado E) de la "Introducción", hay que resaltar su naturaleza de actos decisorios de la Administración y, en esa medida son también incluirbles en el ámbito del mencionado artículo,

- e) En Derecho administrativo se suele realizar una diferenciación entre los reglamentos, que puede conducir a equívocos en la materia de que se está tratando. Me refie-

(260) Ob. cit., pgs. 398-399. En opinión de GONZALEZ PEREZ, "se ha planteado el problema de si las instrucciones y circulares pueden ser consideradas normas reglamentarias. La respuesta negativa se impone ante el categorico texto del artículo 7º L.P.A., que, recogiendo elementales nociones, configura las instrucciones y circulares, no como una manifestación de la potestad reglamentaria, sino de las atribuciones propias de la jerarquía. Ahora bien, es lo cierto que, al menos en nuestro Derecho, con aquellas denominaciones se promulgan verdaderas normas reglamentarias, al exceder con

ro a la distinción entre reglamentos normativos y reglamentos administrativos, especialmente marcada en el derecho alemán.

Por reglamento normativo se entienden aquellos que están referidos a las "relaciones de supremacía especial" o son de carácter orgánico. Respecto a ellos, conviene tener presente que, como señala GARCIA DE ENTERRIA, la terminología que los designa "es equívoca y, aunque expresiva de las diferencias que separan a ambos tipos de Reglamentos, no puede ser utilizada sin advertir que también los Reglamentos administrativos son normas jurídicas... la organización no es algo ajeno al Derecho, sino, justamente, el origen mismo de lo jurídico. El orden jurídico es, ante todo, una organización, un cuerpo social organizado" (261).

- f) La anterior distinción entre reglamento normativo y reglamento administrativo, marca una vía de acceso a algo crucial para

(260) ...
mucho del ámbito propio que señala el artículo 7º L.P.A. Es evidente que cuando así ocurre estaremos en presencia de un Reglamento a todos los efectos, abstracción hecha de la denominación con que aparezca en el Boletín Oficial, por lo que en estos supuestos deberán elaborarse a través del procedimiento previsto en el capítulo I del título VI, L.P.A." ("El Procedimiento..." cit., pgs. 608-609).

(261) "Curso..." T. I cit., pg. 133.--

los efectos del presente trabajo: la averiguación de si realmente existen reglamentos independientes de una ley previa.

En efecto. Se acaba de indicar que los reglamentos administrativos están referidos a las llamadas "relaciones de supremacía general", mientras que los administrativos o poseen caracter orgánico o se refieren a las denominadas "relaciones de supremacía especial".

Pues bien, según GARCIA DE ENTERRIA, la potestad reglamentaria se manifiesta en el "ámbito organizativo interno" y "sólo derivativamente arrastrará a quienes están en situación de sujeción especial". En este terreno de la "autodisciplina" administrativa, salvo por las limitaciones generales de la potestad reglamentaria, la Administración actúa con una libertad "virtualmente general". En cambio, cuando la Administración dicta reglamentos normativos, es decir cuando no regula "sobre su ámbito interno, sino sobre la libertad y derechos de los particulares en base a la pura relación formal poder público y súbditos, sin otro título especial", precisa absolutamente de una ley previa de la que estos reglamentos son complementarios: "no pueden por si sólo originar obligaciones o deberes de supremacía general para los súbditos y necesitan de una Ley que de una u otra forma les habilite para ello. Es aquí donde el Reglamento aparece bajo su perfil tradicional,

como norma que desarrolla o ejecuta una Ley" (262).

Si se acepta lo anterior, hay que concluir con el autor citado que los reglamentos independientes, es decir, "que no completan ni desarrollan ninguna Ley pre-

-
- (262) "Curso..." T. I cit., pgs. 133-134. En el mismo sentido, pero menos claro y terminante, VILLAR cuando dice: "De todos modos, nunca hay un Reglamento autónomo puro, pues en una manera u otra se enganchará a una Ley anterior, sólo que la forma de tal engarce será diferente, según se ejecute y desarrolle una Ley o se use de la autorización explícita o implícita en ella contenida" ("Introducción..." cit., pg. 379; el subrayado en el original).

La postura recogida en el texto supone, por un lado, el rechazo del autor a la tesis sustentada por alguna doctrina española (V. Manuel Francisco CLAVERO AREVALO, "¿Existen Reglamentos autónomos en el derecho español?", en R.A.P. n° 62, mayo-agosto 1970, pgs. 9-34; Alfredo GALLEGO ANABITARTE, "Ley y Reglamento en el Derecho Público Occidental", Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1971) respecto a que existe en España, al modo que creara (rupturalmente) la Constitución francesa de 1958, una materia reservada a los reglamentos; frente a la que, razonable y razonadamente, mantiene GARCIA DE ENTERRIA "el principio absoluto de primacía de la Ley sobre el Reglamento y el de su soberanía para abordar y regular las materias que estime convenientes" (ob. cit., pg. 169). El Anteproyecto de Constitución, como queda dicho, tras su modificación sustenta esta última postura.

Por otro lado, mantiene el autor, en el mismo sentido de lo que a continuación se verá, que la supremacía y completa facultad de normar de la ley, no supone "desplazar absolutamente al Reglamento... sino, por una parte, reconducirlo como a su campo propio al ámbito de la organización de los servicios públicos... y, por otra,

via, sino que surgen al margen de toda Ley de habilitación y se sostienen por sí mismos como tales Reglamentos", sólo caben "en el ámbito de las materias organizativas, incluyendo como mucho en las mismas los supuestos de regulaciones de las relaciones de supremacía especial". Por el contrario, tales reglamentos están excluidos "en el ámbito normativo externo a la Administración que implique definición 'abstracta' (desde la posición de supremacía general poder público-súbditos) de deberes y obligaciones para los ciudadanos, porque esta materia está reservada constitucionalmente a la Ley" (263).

De todo lo anterior, deriva como consecuencia para lo que aquí interesa, una cierta delimitación de los reglamentos-"resoluciones" del art. 358 C.p.: aquellos cuyo ámbito de normación es el de "las materias organizativas, incluyendo como mucho los supuestos de regulaciones de las rela-

(262) ...
ya en el ámbito normativo externo, que afecta a la libertad de los súbditos, reconducirlo a su papel de norma complementaria de la Ley, que colabora con esta y lleva a término las iniciativas que de la Ley parten, y sólo de ella pueden partir. Es justamente en esta materia donde entran en juego todas las técnicas de delegación legislativa" (ob. cit., pgs, 177-178). En su opinión, tales técnicas son: la "delegación recepticia" (que se descompone en "textos fundidos" y "textos articulados"), la "remisión normativa" y la "deslegalización" (V. ob. cit., pgs, 181-202).

(263) "Curso...", T. I cit., pg. 138.

ciones de supremacía especial. (264).

Porque, en efecto, aquellos reglamentos independientes o autónomos que regulan materias reservadas a la ley o que derogan o suspenden la ejecución de una ley, a los que tantas veces me he referido, en realidad no son conceptualmente reglamentos independientes, sino que, por regular al margen de la ley aquello que a ésta exclusivamente compete, sin estar "enganchados" a una ley precedente por medio de alguno de los mecanismos de delegación, o bien a través de la constitucional cláusula implícita de autorización seguida de un correcto desarrollo de esa ley previa, ponen, por lo que al aspecto objetivo respecta en marcha la aplicación del art. 377 C.p.

En otros términos, todos aquellos reglamentos diferentes de los auténticamente independiente según el concepto de estos más arriba expuesto, que supongan invasión de las atribuciones legislativas en los términos que expresa el art. 377 C.p., forman parte de los reglamentos a que esta norma se refiere y, por tanto, están excluidos del ámbito de las "resoluciones" del art. 358 C.p.

(264) Conviene advertir que con ello no se excluyen los antes incluidos "Reglamentos de policía administrativa", "reglamentos de entidades autónomas" y las "circulares, instrucciones y órdenes de servicios", así como tampoco los "Reglamentos, medidas y ordenanzas de necesidad".

Con esta afirmación, sin embargo, no se agota la problemática que plantea el art. 377. Pues, si se atiende a los mecanismos de delegación legislativa, se observará que la llamada "delegación recepticia" dé lugar a un tipo de normas que, si bien puede decirse que son administrativos en cuanto emanadas de la Administración, tienen rango de Ley, en cuanto que la ley delegante eleva "el rango propio de la norma delegada"; lo que da pie a la pregunta de si tales normas, caso de excederse en la delegación, invadiendo con ello las atribuciones legislativas, son o no son incluibles en el art. 377 en cuestión.

Desde el punto de vista de la voluntad del legislador, dado el rango de ley de estas normas, no parece posible su inclusión, pues, como queda dicho, el legislador quería referirse a las normas estrictamente de la Administración, esto es, atendiendo al principio de jerarquía, a aquellas inferiores a la ley. No obstante, existe un punto de apoyo formal que favorece la inclusión: el de que es la Administración, si que legitimada por la delegación legislativa, quien las dicta.

Desde un punto de vista gramatical, la cuestión es ambigua. Porque al hablar el art. 377 de "reglamentos o disposiciones generales", teniendo en cuenta que la legislación administrativa (V., por ej., la L.R.J.A.E.) suele conceder a los términos "disposiciones generales" el significado genérico de actos de la Administración diferentes de los actos administrativos, tanto

se puede concluir que hay base para la inclusión, como para lo contrario.

Ahora bien, si se aunan las posibilidades formal y gramatical, con la que ofrece la voluntad de la ley y la perspectiva del bien jurídico, parece que hay que inclinarse por la introducción de las citadas normas en el ámbito del art. 377 C.p.

A favor de ésto mismo, existe otro argumento que, en mi opinión, decide el dilema. En efecto, según GARCIA DE ENTERRIA, "como la norma administrativa a asumir por la Ley no existe todavía, la Ley delegante ha de referirse a ella como portando un determinado contenido. Esta indicación de contenido ... es lo que constituye en este supuesto específico de delegación (recepticia), los llamados límites de la delegación. La asunción por el legislativo de la futura norma administrativa tiene lugar, pues, siempre y necesariamente, dentro de ciertos límites predeterminados de manera expresa por la Ley de delegación. Más allá de esos límites la asunción por el legislador de la norma administrativa no se produce; dicha norma no adquiere entonces el rango de Ley formal" (265).

En otras palabras, desde un punto de vista material, la norma administrativa desborde

(265) "Curso..." T. I cit., pg. 186; el subrayado en el original.

dadora de los límites de la delegación, no cabe en el molde que produce su elevación de rango y, por tanto, no adquiere éste. La norma delegante quiso, para otorgarle categoría de ley, un concreto producto de la Administración; y la Administración le presente otro diferente que, naturalmente, la ley rechaza. Se trata, entonces, de una simple disposición general emanada de la Administración, sin título legítimo para ello, que regula una materia que no es de su competencia, sino que compete a la ley, que no desarrolla, en sentido estricto, una ley precedente y que no tiene rango de ley porque no responde a la previa habilitación legal que, en otro caso (caso de ajuste), se lo habría conferido. "Sic et simpliciter": existe una invasión de las atribuciones legislativas, tipificable, si se dan los demás elementos del delito, en el art. 377 C.p.

Buena prueba de lo aceptable de ésta, en definitiva, asimilación a reglamentos de las normas de la Administración a que me estoy refiriendo, es que "las Salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo han aceptado la justiciabilidad... por la vía de los recursos contra Reglamentos (directo e indirecto)" de las mismas (266),

(266) GARCIA DE ENTERRIA, ob. cit., pg. 192; el subrayado es mío. V, la jurisprudencia que cita que, aun que "se ha producido sólo en el caso de los Textos refundidos... no se ve razón que pueda excluirla en relación a los Textos articulados de Leyes de Bases, que obedecen al mismo mecanismo técnico; simplemente, tras ese importante giro jurispruden-

Conviene advertir, que el exceso en la delegación no sólo puede consistir en un normar más (o menos) de lo que se debía normar, sino también en normar diferente a como había de hacerse en conformidad con los términos de la delegación. Ambos supuestos implican un exceso en las atribuciones de aquellos que son incluir en el art. 377 C.p.

Entiendo, en cambio, que "los posibles vicios de competencia y de forma", no pasan de ser meras ilicitudes administrativas, justicia bles "tanto por los tribunales ordinarios a través de la técnica de la inaplicación, como por los tribunales contencioso-administrativos mediante los recursos directo o indirecto contra Reglamentos" (267). Puesto que el bien jurídico al que atiende el art. 377 C.p. es la

(266) ...

cial no se ha presentado aún ningún caso de estos últimos" (V. también respecto a este último punto, mismo autor y ob., pgs. 192-195 y, en el mismo sentido, GONZALEZ PEREZ, "El Procedimiento..." cit., pgs. 599-600). En Derecho penal, no se necesita asimilar las normas de referencia a Reglamentos, ya que son directamente encuadrables en los términos (alternativos precisamente a "reglamento") "disposiciones generales" del art. 377.

Por lo demás la interpretación indicada en el texto tenía el apoyo positivo de los arts. 51 L.O.E. y 11 de la Ley General Tributaria. V. en el Anteproyecto de Constitución los arts. 75 (especialmente, n° 1) y 78.

(267) GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." T. I cit., pg. 195.

división de poderes, concretada en este caso en la separación entre legislativo y ejecutivo, el cual no se ve afectado por dichos vicios, que, por otra parte, sólo muy mediatamente implican una material invasión de las atribuciones legislativas, exigencia inexcusable en el art. 377 para que se configure el tipo.

Así pues, a los controles de la ratificación por las Cortes y de la intervención previa del Consejo de Estado, más el judicial administrativo, que enuncia la doctrina (268) respecto a los excesos de la delegación, debe añadirse el control personal que implica la responsabilidad penal derivada del art. 377 C.p.

F) La asimilación terminológica en la práctica.

Aunque es evidente que no existe apoyo en la terminología legal (269), es lo cierto que existe una práctica doctrinal y jurisprudencial (270) según la cual en numerorísimas

(268) V. GARCIA DE ENTERRIA, ob.cit., pgs. 191-195. V. art. 78 del Anteproyecto de Constitución, en relación a la, antes dudosa, intervención del Consejo de Estado.

(269) V. especialmente la L.R.J.A.E. y la L.P.A., en las que la "disposición general" se separa cuidadosamente de la "resolución" o del "acto administrativo".

(270) V., p. ej., VILLAR, "Introducción..." cit., pg. 423 y las Sentencias que allí cita.

ocasiones a las normas se las denomina "resoluciones". Con ello no se quiere decir que se deba a un no saber distinguir el acto de la norma sino que, más bien, tal denominación no repugna al lenguaje jurídico común (271); tan es así, que no hay más que acudir cotidianamente al B.O.E., para percatarse que se nos anuncia la publicación de numerosas "resoluciones" que, una vez consultadas, resultan no ser actos administrativos sino normas.

(271) Como tampoco, por otra parte, al gramatical, como ya se ha puesto de relieve al resaltar lo que tienen de "decisión" los reglamentos. También, claramente, se entiende así si se piensa en las fases de elaboración de una norma reglamentaria, entre las que se encuentra, a su final, un "periodo resolutivo", según la terminología acuñada por alguna jurisprudencia (V., p. ej., S.T.S. de 16-XII-1961).

CONCLUSIONES:

- 1ª. La conclusión más general es que el elemento "resolución" del art. 358 C.p., puede referirse no sólo a ciertos actos administrativos, sino también a determinadas clases de disposiciones generales inferiores a ley.
- 2ª. A través de estas disposiciones generales-"resolución", puede atacarse, y aún con mayor intensidad, el mismo bien jurídico que se ataca con los actos administrativos-"resolución" y que se protege con la norma del art. 358 C.p.
- 3ª. Las disposiciones generales-"resolución", no pueden ser reglamentos de ejecución de una ley, sino únicamente "reglamentos autónomos". Y ello porque:
- Los reglamentos autónomos son los puramente administrativos.
 - Imputables en toda su dimensión al aparato administrativo del Estado.
 - Su inclusión en el art. 358 C.p. evita un vacío legal, pues no todos los reglamentos autónomos pueden ser objeto del art. 377 C.p.; mientras que la exclusión de los reglamentos de ejecución del art. 358, impide la repetición que se daría teniendo en cuenta el alcance de dicho art. 377.
 - Implican verdaderas declaraciones de voluntad de la Administración.
 - Sólo pueden normar materias "de Gobierno y Administración".
 - No son meros "instrumentos" de las normas emanadas del legislativo, como, en cambio, lo son los de ejecución.

- Nunca han sido objeto de consideración de las normas precedentes del actual art. 377 C.p., habiendo heredado este tal planteamiento, que origina en la actualidad el aludido vacío legal.
 - La usurpación de atribuciones dentro de la propia Administración, no puede encuadrarse ni en el art. 377 (por no suponer invasión de las del legislativo, ni atacar, por tanto, el bien jurídico división de poderes), ni tampoco en el art. 320, párr. 1º C.p. (tanto por la exigencia de este de que la usurpación se realice "atribuyéndose carácter oficial", cuanto por la necesidad de que se ataque al bien jurídico fe pública), por lo que debe reconducirse al ámbito del art. 358.
- 4ª. No pueden ser "resoluciones" del art. 358 C.p., ni los llamados "reglamentos del ordenamiento jurídico civil", ni los "reglamentos parlamentarios". Los primeros pueden, en cambio, ser objeto del art. 377 C.p.; pero este artículo tampoco es capaz de abarcar a los segundos.
- 5ª. Del estudio particular de la relación entre los arts. 358 y 377 C.p., se deduce:
- Que el bien jurídico protegido por la norma del art. 377, es la división de poderes dentro del Estado.
 - Que, en función de lo anterior, esta norma debería extraerse del Tít. VII, Lib. II del C.p. e integrarse en un Título de "delitos contra la Constitución".
 - Que el art. 377, además de los reglamentos de ejecución que se excedan en ella, se refiere también a determinados reglamentos autónomos; aquellos que incidan en materias reservadas a la ley o pretendan derogar o suspender una ley.

- Que los reglamentos autónomos injustos, cuya injusticia no consiste en la acabada de señalar, serán "resoluciones injustas" del art. 358 C.p.
- 6a. Los "reglamentos de policía" del art. 14, 3 L.R.J.A.E.; los "reglamentos orgánicos" del art. 13, 7 L.R.J.A.E.; y los "reglamentos, medidas y ordenanzas de necesidad", son, a los efectos penales, "resoluciones" del art. 358 C.p.
- 7a. La potestad reglamentaria derivada ejercida por los Ministros y las Comisiones Delegadas del Gobierno, se manifiesta en reglamentos que, salvado el alcance del art. 377 señalado en la conclusión 5a, pueden ser objeto del art. 358 C.p. Ello no quiere decir que to dos los reglamentos engendrados por el ejercicio de la potestad reglamentaria originaria del Consejo de Ministros, estén excluidos del ámbito de dicho artículo.
- 8a. La potestad reglamentaria subordinada que ejercen las Administraciones públicas distintas de la Administración del Estado, se materializa en reglamentos que, hecha la salvedad del alcance del art. 377 señalado en la conclusión 5a, pueden ser "resoluciones" del art. 358 C.p. Remisión al apartado F) de la "Introducción".
- 9a. Las "circulares, instrucciones y órdenes de servicios", sean actos o normas, pueden ser "resoluciones" del art. 358 C.p.
- 10a. Siendo el ámbito específico de normación de los reglamentos autónomos "las materias organizativas, incluyendo como mucho las regulaciones de las relaciones de supremacía especial", ésta será también, sin

que con ello se ataque la virtualidad de las anteriores conclusiones, la materia de las disposiciones generales-"resolución" del art. 358 C.p.

- 11^a. Los "Textos refundidos" y los "Textos articulados" que se exceden de la delegación que los fundamenta y justifica, son "disposiciones generales" de las del art. 377 C.p., pese a que, de haber sido correctamente efectuados, habrían alcanzado el rango de ley. No ocurre lo propio cuando tales "Textos" están aquejados de "vicios de competencia y de forma".

IV. EL "ASUNTO ADMINISTRATIVO".

Dentro de la vertiente objetiva del tipo del art. 358 C.p., y en íntima relación con el también objetivo elemento "resolución" acabado de determinar, se encuentra el "asunto administrativo" sobre cuya significación versaré en lo que sigue.

1. Concepto y función.

- A) Para FERRER, el "asunto administrativo" de que habla este artículo, es una "expresión equivalente a acto administrativo en su acepción estricta, pudiendo cometerse el delito tanto en el caso de que la resolución injusta ponga término al asunto como en aquél en que dicha resolución sea dictada dentro del proceso de tramitación" (272).

Conforme a este punto de vista, quedaría definitivamente zanjada una cuestión en el sentido que he mantenido anteriormente: que la "resolución" a que alude el art. 358 C.p., no se refiere exclusivamente al acto definitivo, sino que también abarca los actos de trámite dictados en el "interior" del "acto procedimiento" que es el "asunto administrativo", con el que se relaciona en el propio artículo.

Irrefutable es, en mi opinión, que el "asunto administrativo" cumple a la tarea dentro del tipo de delimitar el ámbito dentro del

(272) "Comentarios...", cit. T. IV, pg. 81.

que la "resolución" ha de dictarse. A esta conclusión obliga la partícula "en" utilizada por la norma en estudio, que describe la acción del funcionario público que dicta resolución "en asunto administrativo", no "de" asunto administrativo, como haría si a un acto de definitivo quisiera referirse.

Pero, que dicho ámbito se corresponda meramente con el de un acto administrativo en sentido estricto, no me parece compatible. Y ello sin perjuicio de seguir opinando, en cambio, con el autor citado, que la "resolución", en el art. 358 C.p., abarca tanto los actos definitivos como los de trámite; aunque por razones distintas a la esbozada por él, que han quedado expuestas.

Dejando al margen que la opinión que ahora discuto, resulta incompatible con mi conclusión, también ya expuesta, de que dentro del término "resolución" caben no sólo actos, sino determinadas normas, pues no incide sobre el presente problema por haber llegado a ella a través de la constatación de la existencia de un vacío legal, lo que significa un "posterior" condicionado a lo que en esta sede se determine que es el "asunto administrativo", lo cierto es que una interpretación atenta a los diferentes criterios (histórico, gramatical, etc.) que en ella deben concurrir, lleva a otorgar un distinto significado al término "asunto administrativo" que nos ocupa.

B) En efecto, la expresión "en asunto administrativo" aparece por primera vez en el C.p. de 1944. Hasta entonces habían sido empleadas las expresiones "en negocio contencioso-administrativo o meramente administrativo", en los Códigos de 1848-50, 1870 y 1928, y, simplemente, "en negocio administrativo", en el C.p. de 1932. Si el término "asunto", considerado por PUIG PEÑA como más correcto que el de "negocio" (273) y que, a mi juicio, desde luego está más acomodado a la actual jerga legal y forense, no significa sin más, ni técnica ni comúnmente, "acto" administrativo (274), mucho

(273) "Derecho Penal. Parte Especial", T.III, cit., pg. 413.

(274) En el lenguaje forense, se emplea el término "asunto" con significaciones próximas o iguales a algunas de las muchas de que está dotado en el lenguaje común. En la legislación administrativa, el término se emplea profusamente (v. en dos de las más importantes leyes en la materia, LPA, por ej., E. de M., IV, párr. 4º; art. 6; art. 8, 2, 4 y 5; art. 12, 2; art. 18; art. 20, 2 a; art. 38; art. 39, 1, 2 y 4; art. 56; art. 64, 3; art. 74, 2; art. 76; art. 77, 1; art. 87; art. 113, 1; art. 127, segunda; art. 139 y art. 140, 1; y LJCA, por ej., E. de M., II, 5, párr. último y 6, párr. 1º y último; arts. 8, 1; 9, 2; 15, 1; 37, 1; 57, 2, e; 75, 1; 77, 1 y 2; 78, 1; 82, a; 92, c; 93, 1; 94, 1; 100, 3 y 7; 130, 1; disp. transitoria Segunda, 3 y disp. adicional Segunda) y aunque, ciertamente, queda en múltiples ocasiones (en la LPA) identificarse con acto-procedimiento, acto compuesto en sentido estricto, en otras (LJCA) se designa con él la cuestión, o conjunto de cuestiones vinculadas, de que conoce un órgano no administrativo; lo común, en todo caso, es que con el, siempre vago pero, a la vez, expresivo, término "asunto", se alude al objeto de conocimiento sobre el que debe decidir, enjuiciar o declarar, un determinado órgano público.

menos significa esto su predecesor, "negocio", al que sustituyó, probablemente, en virtud de la depuración de lenguaje a que autorizaba el artículo 1° de la Ley de 19-VII-1944, pues no aparece contemplada la modificación en el artículo 2° de esta ley.

El término "negocio", como su, en esta acepción, evidente sinónimo "asunto", quiere indicar, en mi opinión, una delimitación del carácter que debe poseer el ámbito en que se dicta la "resolución" y, en consecuencia, esta misma, por contraposición al de las resoluciones a que se refieren los artículos anteriores también tipificadores de otros delitos de prevaricación (275): en tales artículos se trata de resoluciones judiciales, civiles o criminales; en el que ahora nos ocupa, de resoluciones administrativas, contencioso-administrativas o meramente administrativas hasta 1932, y sólo de estas últimas desde ese Código. Efectivamente, adquirido

-
- (275) Interpretar los términos "asunto" o "negocio" de un modo más restringido, y pretendidamente más "técnico", que el de la mera delimitación que señala en el texto, disminuye considerablemente el alcance del art. 358 y puede llevar a conclusiones como la, a mi parecer incorrecta, de la STS de 18-IV-1888, que niega la existencia del delito de prevaricación del entonces art. 369 (actual 358) en la acción de un alcalde de ordenar injustamente retirarse a un notario de las inmediaciones de un colegio electoral, donde éste, por encargo de un elector y en conformidad con la legislación electoral entonces vigente, iba a levantar acta de la constitución interina y definitiva de la Mesa y de las incidencias de la elección, sobre la base de que "para la genuina aplicación del art. 369... es indispensable la existencia y planteamiento de un negocio contencioso-administrativo, o meramente administrativo... circunstancias (que) no guardan relación alguna con el mandato verbal dirigido por el Alcalde... al Notario". En el mismo sentido, la interpretación que aquí se rechaza podría condu

por lo contencioso-administrativo el carácter meramente judicial que ahora posee (276), el C.p. (con retraso, como casi siempre) se atemperó a la nueva legalidad, haciendo desaparecer en el art. 363 del C.p. republicano la re-

(275)

....
 cir a estimar como correcta (lo que en este caso no hizo el T.S. que no se pronunció sobre el problema) la alegación del recurrente contra una condena de prevaricación que puede verse en la STS de 29-V-1894: "... sin expediente administrativo no puede ser aplicado el precitado artículo" (el entonces 369, actual 358); identificar "asunto", o "negocio", con "expediente" y entender éste en estricto sentido, conforme a una injustificada visión formalista, también produce una considerable, y a mi juicio no acogible, restricción del ámbito del art. 358 C.p.

(276) Aunque, según GALLEGO ANABITARTE ("Administración y jueces: gubernativo y contencioso. Reflexiones sobre el Antiguo Régimen y el Estado Constitucional, y los fundamentos del Derecho administrativo español", Madrid, Publicaciones de la Escuela Nacional de Administración Pública, 1971, en especial para la cuestión que nos ocupa, la pg. 68, en cuyo párr. 1º resultan muy significativos los términos en la contraposición que hace el autor), la separación entre gubernativo y contencioso es patente en el "antiguo régimen" en España, los orígenes que aquí interesan son mucho más modernos, como en cierta medida lo muestra, precisamente, la evolución seguida por la redacción de las normas tipificadoras de las prevaricaciones en los sucesivos Códigos penales. Sobre estos orígenes, v. la polémica entre NIETO y PARADA en la RAP (nº 10, NIETO, "Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España", pgs. 27-50; nº 55, PARADA, "Privilegio de decisión ejecutoria y materia contenciosa", pgs. 65-112; nº 57, NIETO, "Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo", pgs. 9-33; nº 59, PARADA, "Réplica a Nieto sobre el privilegio de decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo", pgs. 41-70).

ferencia a la resolución dictada en negocio con-
tencioso-administrativo, que pasó de esta mane-
ra a ser objeto de la prevaricación judicial,
manteniendo simplemente el dictado de resolu-
ción "en negocio administrativo" (ahora, "asun-
to" administrativo).

Con la expresión "asunto administrativo" se
trata, pues, de indicar el caracter administra-
tivo, no judicial, de la cuestión sobre la que
el funcionario público dicta la resolución in-
justa.

Ello no quiere decir que el art. 358 nunca
pueda ser aplicado a funcionarios públicos-jue-
ces, pues, como, a mi entender correctamente,
ha señalado QUINTANO, "aunque generalmente se
reserva a los de caracter administrativo, con
exclusión de los judiciales, creo que es de po-
sible aplicación a estos en funciones no estric-
tamente jurisdiccionales, como, por ejemplo, en
el caso de que un Juez resolviera injustamente
un asunto administrativo de nombramientos, su-
bastas o materias ajenas a lo estrictamente ju-
dicial" (277).

2. Otros problemas vinculados a este elemento.

Sentado lo anterior y en función de lo que pre-
cede, la problemática de la significación del ele-
mento "asunto administrativo" del art. 358 C.p.,
no presentaría mayores dificultades si no fuera
porque estas aparecen a la hora de diferenciar en
la práctica lo judicial de lo administrativo.

(277) "Compendio...", T.II. cit., pgs. 164-165. En el mis-
mo sentido, TEJERA, "La prevaricación..." cit., pg.
224 y FERRER, "Comentarios..." cit., T.IV, pg. 71.

- A) Un primer orden de problemas se plantea ante la consideración de la actividad de aquellos funcionarios que estando estrictamente ligada a la propiamente judicial, sin embargo, no puede considerarse tal ni en una esfera jurídica general, ni en el particular ámbito que los arts. 351-357 delimitan. Me refiero al Ministerio fiscal y a los funcionarios judiciales no jueces.

No por los sujetos activos (siempre "el Juez" (278), ni por las actividades incriminadas

-
- (278) Sin embargo, la STS de 21-XII-1883 parece mantener una opinión contraria a la del texto cuando dice: "refiriéndose al art. 369 (actual 358) del C.p. a funcionarios no judiciales, a diferencia de los artículos anteriores que comprenden únicamente los judiciales, bajo el nombre genérico de jueces...". Se refiere a la aplicabilidad (que rechaza) del 369 a un Juez Municipal lego en derecho; así pues, teniendo en cuenta que, por lo menos formalmente, se trataba de un "Juez" y que, materialmente, desempeñaba tareas judiciales, pese a su condición no profesional, no hay fuerza en introducirlo bajo la prevaricación judicial; en consecuencia, por encima de la equívoca terminología empleada, también puede tomarse como no contradictoria de lo que en el texto mantengo. Más explícitamente, la STS de 27-IX-1933 condena por prevaricación judicial a un Secretario de un Juzgado Municipal; pero lo hace en aplicación del art. 13, 1º del C.p. de 1870 (actual 14,1), estimando autor en sentido propio al Juez Municipal que firmó el auto injusto, extendido, "de su puño y letra... a sabiendas de su injusticia y para favorecer los intereses de su hijo", por dicho Secretario; se trata, pues, de una coautoría, que, si se parte de un concepto estricto de autor (autor idóneo) y se piensa que el 14,1º admite a los "extraños" en un delito especial propio cuando "toman parte directa en la ejecución del hecho" a través de actos ejecutivos no típicos, no refuta lo que en el texto mantengo. Sobre esta sentencia y problemática apunta da, v. la nota (1.477) del Capítulo dedicado a la participación.

(dictar sentencias, resoluciones definitivas, autos o negativa a juzgar (279), las hipotéticas prevaricaciones de los indicados funcionarios pueden incriminarse a tenor de los arts. 351-357. Y, sin embargo, dichas acciones pueden existir y sus actores reúnen efectivamente la consideración de funcionarios públicos a los efectos penales (280).

El problema de si, en consecuencia, las posibles resoluciones injustas dictadas por estos sujetos, en el ejercicio de su actividad propia (281),

-
- (279) Sólo el art. 356, párr. 2º, con sus amplios términos ("retardo malicioso en la administración de Justicia"), podría abarcar, desde el punto de vista de la actividad, las acciones prevaricadoras, en esta modalidad, de tales sujetos; pero la exigencia de que sea "el Juez" quien incurra en retardo, los excluye.
- (280) Explícitamente el párr. 2º del art. 119 C.p. considera autoridades a los "funcionarios del Ministerio fiscal" y, como en otra ocasión he señalado (v. "El bien jurídico protegido en los Capítulos VI y VIII del Título II del C.p." en CPCr., nº 1, pg. 118, n. 16 y bibliografía allí recogida), la "autoridad" es "funcionario público" a los efectos penales.
- (281) No cabe duda, en cambio, que, por ej., en actividades puramente administrativas de, por ej., los fiscales (así, expedientes disciplinarios), será de aplicación el art. 358 C.p.

caben en los límites del art. 358 C.p., depende, en primer término, precisamente de si se considera que dicha actividad se compone de "asuntos administrativos" o, por el contrario, los "asun-
tos" en los que resuelven los sujetos considera-
dos no tienen tal caracter de "administrativo".

Desde luego, si por "asunto administrativo" se entiende el "acto administrativo en su acep-
ción estricta", debe afirmarse que las menciona-
das acciones están excluidas del art. 358; y co-
mo por las razones antes apuntadas, también lo
están de los 351-357, se llega a la conclusión
de que, salvo en el supuesto específico del art.
359 (282) que tiene alcance general en cuanto a
los sujetos-funcionarios públicos, dichas "preva
ricaciones" son impunes.

Si, por el contrario, la expresión "asunto
administrativo" (forzando, ahora, su significa-
ción literal), se interpreta conforme a lo antes
apuntado, como simple delimitación de la materia
no judicial, en el sentido de no desarrollada
por jueces en su actividad propiamente judicial,
que es lo abarcado por los arts. 351-357, la con
clusión es que puede ser de aplicación el art.
358 siempre que la actividad considerada se con-
crete en "resoluciones", esto es, decisiones, de
claraciones de voluntad.

A esta conclusión debe así mismo llegarse
cuando se observa que, además de a los jueces y
a los funcionarios "administrativos", las modalii

(282) Que, entre otras muchas cosas, excluye de su ámbito
toda materia no criminal.

dades de prevaricación también alcanzan a abogados y procuradores, lo que demuestra el propósito legal de no excepcionar del ámbito de estos delitos a ninguno de los sujetos que, de uno u otro modo, "participan del ejercicio de funciones públicas" o se relacionan tan íntimamente con ellas como los abogados y procuradores. Una esfera privilegiada para los sujetos de que ahora se trata carece de sentido.

El evidente defecto que se descubre en la redacción del código a la vista de las anteriores consideraciones, ya que sólo puede subsanarse a base de una interpretación ciertamente en algún aspecto forzada, es una razón más que aboga por una propuesta de menor casuismo en la tipificación de las prevaricaciones y su sustitución por una formulación más general, al estilo de la empleada por el C.p. alemán (283).

-
- (283) A esta fórmula típica unificadora de la prevaricación "judicial" y de la "administrativa", puede oponerse una doble consideración: 1ª) Que el esquema que ofrece el C.p. español ("prima facie" atemperado a un espíritu más liberal, al separar la actividad judicial de la administrativa), permite distinguir con más facilidad la protección de los diferentes bienes jurídicos: el concerniente a la actividad judicial y el concerniente a la administrativa. Pero, a ello cabe reponer, que la fórmula unificada no impediría realizar la misma operación en el seno de la norma única. 2ª) Que las penas más graves con que se sancionan las prevaricaciones "judiciales" en relación a la "administrativa", denotan el mayor desvalor que para la ley tiene el ataque al bien jurídico correspondiente a la Administración de Justicia, que el ataque al bien jurídico protegido por el art. 358, construido en torno a la "Administración Pública", concepción que no podría reflejar la fórmula unificada. Pero, a esta idea puede oponerse la de que, realmente, el Código no lleva a sus últimos extremos dicho planteamiento: primero, porque (al parecer, absurdamente) no sitúa las prevaricaciones "judiciales" entre los "delitos contra la Administración de Justicia", sino entre los "de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus car-

B) No se agotan en los ya expuestos los problemas que el estudio del elemento "asunto administrativo" sugiere. Porque, en efecto, las lindes entre lo que es administrativo y lo que es judicial (o jurisdiccional) no son, en numerosos casos, en absoluto claras. Valga una muestra: por referirme sólo al ámbito punitivo, los Tribunales de contrabando y defraudación y el Juzgado de Delitos Monetarios ¿conocen de y dictan resoluciones en, asuntos administrativos o judiciales?; fuera de este orden, ¿quid, por ejemplo, del Tribunal Marítimo Central y Juzgados Marítimos Permanentes; Tribunal Económico-Administrativo Central y los Provinciales; etc.? La relación sería larga y variada (desde el bello ejemplo del Tribunal de las Aguas de Valencia (284)

(283)

...
 gos"; segundo, porque no entiende a la "Administración de Justicia" en su conjunto, sino a ésta cuando es desempeñada por determinados sujetos: los Jueces, a quienes todos los arts. que versan sobre prevaricación "judicial" se refieren como sujetos activos, excluyendo, así, a otros que, materialmente, también desempeñan una actividad incluida en la "Administración de Justicia" (por ej., fiscales), denotando con esto que el plusvalor de protección no procede únicamente de la consideración de la actividad, sino, a lo más, de ésta y de los sujetos; tercero, porque (como a continuación se verá) la referencia a tan específicos sujetos excluye igualmente del ámbito de los arts. 351-357, y obliga a introducir en el del 358, a sujetos que ejercen su actividad en Tribunales "no jurisdiccionales" que, sin embargo, por encima del formalismo o de la aberración positiva, hay que considerar como judiciales.

(284)

La STS de 17-I-1885, desestimó la aplicación del entonces art. 369 (actual 358) a un Juez del Juzgado de Aguas de Almoradí (Alicante), no por inadecuación del sujeto, sino por ausencia de elemento subjetivo.

al hoy tan discutido Tribunal de Cuentas del Rei no) y, desde luego, de imposible estudio en este trabajo. Quede apuntada, pues (al margen también de críticas más generales dirigidas contra la proliferación de jurisdicciones y órganos pseudo-judiciales que dificultan el normal tráfico jurídico y, en no pocas ocasiones, van en detrimento de los justiciables), la necesidad de proceder en estos casos equívocos a una cuidadosa determinación, caso por caso, de cuál es el tipo de prevaricación aplicable.

De cualquier forma, vuelve a ser otra razón en contra del casuismo y a favor de una fórmula típica sintética que evitaría el problema expuesto.

- C) Otra cuestión vinculada a la consideración del elemento "asunto administrativo" del art. 358 C.p., es la que plantean, de modo similar a como ocurre con la excepción de justiciabilidad contencioso-administrativa del art. 2, b) de la L.J.C.A., los llamados "actos políticos o de gobierno". Sobre ello ya me he manifestado en este mismo Capítulo (apartado II, 6, B, b), en el sentido de que tales actos en cuanto no dictados en un "asunto administrativo", no entran en el ámbito del art. 358. Por lo demás, no sería tampoco el bien jurídico que la norma contenida en el mismo protege, el conculcado por tales actos políticos, que se vinculan mucho más directamente a una consideración inmediata del Estado, y no a la mediata contemplación del mismo que supone la protección de sus actividades, que es lo tenido en cuenta para la construcción del Tít. VII, Lib. II del C.p.

Debe, no obstante, advertirse que una paulatina jurisprudencia contencioso-administrativa, propiciada y acogida por la mejor y más actual doctrina administrativista, ha ido reduciendo progresivamente el campo de dichos actos políticos o de gobierno, hasta dejarlos, por decirlo según la propuesta de GARCIA DE ENTERRIA, en aquellos que no sean "verdaderas actuaciones de la Administración, sino de funciones ejercitadas por los órganos políticos superiores en cuanto en los mismos confluyen funciones constitucionales de relaciones entre poderes o el caracter de órganos de la personalidad jurídico-internacional del Estado en su totalidad". En consecuencia, todos los demás actos que antes solían encuadrarse bajo la etiqueta de "políticos o de gobierno", en cuanto "verdaderas actuaciones de la Administración" que son, se encuentran bajo el alcance del art. 358 C.p.

3. Conclusiones.

- 1º Con el "asunto administrativo" no se designa un "acto administrativo en su acepción estricta", sino que se impone la exigencia del caracter administrativo que debe tener la cuestión sobre la que se dicta "resolución" y, con ello, se delimita el ámbito de la prevaricación del art. 358 (prevaricación no judicial), respecto del de las prevaricaciones de los artículos anteriores (prevaricaciones judiciales).
- 2º Los jueces pueden cometer el delito del art. 358, cuando dicten resoluciones en asuntos no estrictamente jurisdiccionales.

- 3° Los fiscales y funcionarios judiciales no jueces, en la medida en que dicten "resoluciones" injustas en el ejercicio de su función propia, entran en la esfera del art. 358 C.p.
- 4° Existen distintos organismos que con forma y denominación de "Tribunales" o "Juzgados", no son, sin embargo, estrictamente jurisdiccionales. Para averiguar si, en relación a su actuación, es de aplicación el art. 358 o los que regulan las prevaricaciones judiciales, habrá de procederse caso por caso a la determinación de ese carácter administrativo o jurisdiccional de los asuntos de que conocen.
- 5° Los llamados "actos políticos o de gobierno", están excluidos del alcance del art. 358 C.p., si bien el número de tales actos se entiende hoy mucho más reducido que en otros tiempos,

R-8799

8.10.1
OCT

C A P I T U L O S E G U N D O

LA CUESTION DEL BIEN JURIDICO EN LOS LLAMADOS

"DELITOS DE FUNCIONARIOS". EL BIEN JURIDICO

EN EL ART. 358 DEL C.P.

C A P I T U L O S E G U N D O

LA CUESTION DEL BIEN JURIDICO EN LOS LLAMADOS

"DELITOS DE FUNCIONARIOS". EL BIEN JURIDICO

EN EL ART. 358 DEL C.P.

SUMARIO DEL CAPITULO SEGUNDO:

I. EL TIT. VII Y EL BIEN JURIDICO

1. Las opiniones doctrinales sobre la rúbrica y contenido del Tit. VII. Crítica.
2. Interpretación de la rúbrica.
 - A) Interpretación declarativa y "sentido normativo". La necesidad de integrar el art. 119, párr. 3o. en la rúbrica del Tít. VII.
 - B) La función pública como indicio del bien jurídico que resulta de la integración.
 - C) Análisis de la segunda parte de la rúbrica: "en el ejercicio de sus cargos". Ejercicio del cargo y participación del ejercicio de funciones públicas. Delimitación de la acción y no límitación de los sujetos previamente determinados.
3. Verificación de la interpretación propuesta para la rúbrica en el contenido del Tít. VII.
 - A) Características comunes a todos los tipos según la interpretación de la rúbrica.
 - B) En la prevaricación. La prevaricación de abogados y procuradores.
 - C) En la infidelidad en la custodia de presos. El "particular" del art. 363.

- D) En la infidelidad en la custodia de documentos. El párr. 2o. del art. 366.
 - E) En la violación de secretos.
 - F) En la desobediencia y denegación de auxilio. El art. 372.
 - G) En la anticipación, prolongación y abandono de funciones públicas. El art. 374.
 - H) En la usurpación de atribuciones y los nombramientos ilegales. El art. 381. La división de poderes: remisión a otro lugar.
 - I) En los abusos contra la honestidad. Coexistencia con el Tít. IX.
 - J) En el cohecho. Integridad del funcionario y función pública. Los art. 391 y 392.
 - K) En la malversación de cudales públicos. El art. 397: las opiniones de COBO y SUAREZ MONTES.
 - L) En los fraudes y exacciones ilegales. El párr. 2o. del art. 401: la opinión de GROIZARD.
 - LL) En las negociaciones prohibidas a los funcionarios.
 - M) Conclusión.
4. La función pública como bien jurídico y criterio de agrupación del Tít. VII. El doble cuestionamiento de la función pública como bien jurídico.

II. LA PROTECCION PENAL DE LA FUNCION PUBLICA HASTA LA ILUSTRACION.

1. La función pública como objeto jurídico incardinado en la protección del Estado en el derecho histórico. La tesis de TAGLIARINI. Delitos de "lesa majestad" y delitos contra la actividad del Estado. Crítica.
2. Confrontación de la tesis criticada con las leyes castellanas históricas.

3. Conclusión: la estructura jurídica escalonada de la protección penal del Estado; delitos de lesa majestad, delitos contra los funcionarios y delitos de funcionarios; el carácter mediato, pero no autónomo, de los delitos de funcionarios respecto a la protección penal del Estado.

III. LOS MOVIMIENTOS ILUMINISTAS Y LA CODIFICACION Y LA PRENDIDA AUTONOMIA DE LOS "DELITOS CONTRA LA FUNCION PUBLICA".

1. Planteamiento.
2. La opinión de TAGLIARINI.
3. Comprobación en BECCARIA.

- A) El pensamiento beccariano sobre los "delitos de lesa majestad". Delitos "de lesa majestad" y delitos "contra la sociedad", reflejo en el C.p. español de 1822. Discrepancia respecto a la interpretación de TOMAS Y VALIENTE: de la monarquía absoluta al Estado absolutista burgues; transpersonalismo estatal, Estado neutro, igualdad, libertad e imperio de la ley: los delitos de "leso Estado".
- B) Las opiniones de TOCQUEVILLE y MEREU. La estructuración técnica moderna de los delitos de "lesa majestad": los delitos contra la seguridad del Estado; reflejo en los Códigos penales españoles; la separación de los "delitos de los funcionarios públicos" en la sistemática de los Códigos.
- C) La protección penal de la actividad del Estado inmediatamente ligada a la protección de este.
Argumentos:
 - a) El principio real o de protección y los "delitos de funcionarios".

- b) Los obstáculos a la exigencia de responsabilidad criminal a los funcionarios.
 - c) El surgimiento de la Administración omnipotente.
 - D) Primera conclusión: el examen de las conductas de los funcionarios desde la óptica de su relación con el Estado.
4. Comprobación en MONTESQUIEU y en la teoría de división de poderes.
- A) División de poderes y separación sistemática de los delitos de "lesa majestad" y los delitos contra la actividad del Estado.
 - B) La protección penal de: la supremacía de la ley, los derechos individuales y la división de poderes, como consecuencia de la nueva concepción política. Reflejo en el C.p. francés de 1.810 y en el español de 1822; el bien jurídico protegido en los arts. 243, 1o. y 2o. y 505 del C.p. de 1822. Segunda conclusión: la confluencia de los poderes en el Estado y su consideración como funciones; la crisis de la teoría de la división, la teoría del "equilibrio".
 - C) Comprobación de la anterior conclusión en los Cods. pens. de 1848 y 1870.
 - D) Reflejo de estas ideas en el C.p. italiano de 1889. El concepto de "pública amministrazione".
5. Conclusión general: el rechazo penal de la división de poderes y el acogimiento de la idea de la integración de estos, como funciones, en el Estado.

IV. LA CONCEPCION DOMINANTE EN LA DOCTRINA Y LEGISLACION PENALES MODERNAS Y CONTEMPORANEAS. PROPUESTA DE CAM-

BIO.

1. Estado-persona y "función pública". La protección penal indiferenciada de las actividades legislativa, judicial y administrativa.

- A) La pluralidad de poderes en Gran Bretaña y su adaptación al continente: tesis de GARCIA DE ENTERRIA. Correcciones a esta tesis.
- B) La transpersonalización del Poder. La atribución de personalidad al Estado en los países de influencia francesa: especial consideración de la situación en España bajo la vigencia de las "Leyes Fundamentales" y el art. 1 de la L. R.J.A.E.
- C) Las consecuencias del concepto de Estado-persona: la consideración de los "poderes" como "funciones"; la "función pública" como objeto de protección penal.
- D) Propuesta de método para el análisis de la consideración penal de la "función pública".
- E) "Función pública" y actividades legislativa, judicial y administrativa; su indiferenciación en el ámbito penal; la necesidad de su individualización mediante la determinación de sus características propias y la protección penal de estas: singularización de la Administración pública.

2. Administración-función y Administración-persona.

- A) La Administración-función.
- B) La Administración-persona. Toma de postura sobre este concepto.

- C) La Administración como "organización servicial de la comunidad". Diferencias con legislativo y juris
dicción.
3. Las consecuencias de la protección penal de la Administración-función.
- A) El Estado como auténtico objeto de protección. Doctrinas italiana y alemana.
 - B) La pretensión de determinar el contenido de la función de administrar. Los inconvenientes de las fórm
ulas negativas y positivas: la indeterminación del bien jurídico.
4. Estado-persona y Administración-función en los Cods. pens. españoles del s. XX.
- A) La conexión entre Derecho penal y política.
 - B) La adopción de los conceptos de Estado-persona y Administración-función de los Cods.pens. "liberales". Su recepción de los Cods. pens. totalitarios.
 - C) Comprobación en C.p. italiano de 1.930. Acogimiento y potenciación del concepto unitario de "publica
amministrazione"; mantenimiento inalterado de los "delitos contra la administración pública" y modificaciones sobre el concepto penal de funcionario.
 - D) Comprobación en el C.p. español de 1.928. El carácter autoritario de este Código; las modificaciones en el concepto penal de funcionario público y en el Tít. de los "delitos de funcionarios"; la introducción de los "delitos contra la Administración de Justicia". Bases para una propuesta de futuro Tít. de "delitos contra las actividades legislativas, judicial y administrativa".

- E) Comprobación en C.p. de 1.932. La vuelta a la situación de 1.870.
 - F) Comprobación en el C.p. de 1.944. El mantenimiento previo del C.p. "republicano"; la incorporación de la legislación especial; el mantenimiento del contenido de los "delitos de funcionarios" y la alteración del concepto penal de funcionario público. Permanencia del planteamiento hasta la actualidad.
5. Conclusiones: la pretendida autonomía de los "delitos contra la función pública" en los Cods. pens. "liberales"; la recepción en los Cods. totalitarios; la destrucción de la tesis autonomista: la protección del Estado a través de los "delitos contra la función pública".
6. La doctrina italiana sobre el bien jurídico en los "delitos contra la administración pública".
- A) Doctrina mayoritaria. Concepto unitario de "administración pública"; protección del Estado; los bienes jurídicos añadidos a la protección del Estado: el prestigio, decoro o dignidad de la función estatal y los deberes de lealtad, fidelidad y del cargo de los funcionarios públicos hacia el Estado.
 - B) Crítica a la anterior doctrina: la pervivencia de la "majestad" estatal y la utilización de un método sintético. Propuestas en contrario: análisis y perspectiva de las actividades legislativa, judicial y administrativa como criterio de agrupación; el rechazo de la idea de bien jurídico único y de su derivación de entender los "delitos de funcionarios" como delitos de peligro (aplicación de la tesis de H. HERRMANN).

- C) Tendencias minoritarias.
7. La doctrina española sobre el bien jurídico en el Tít. VII.
- A) Exposición.
 - B) La tesis de RODRIGUEZ DEVESA. Especial consideración del abuso de poder.
 - C) La postura mayoritaria de la doctrina española. Crítica: remisión a otro lugar.
8. La doctrina alemana sobre el bien jurídico en los "delitos de cargo".
- A) Las diversas posturas minoritarias.
 - B) La tesis mayoritaria: los "delitos de cargo" como infracción de deber. Crítica a estas opiniones: la raíz autoritaria. Especial consideración de los "delitos de cargo" como "pflichtdelikte" (tesis de ROXIN): problemas que plantea y propuesta alternativa; remisión a otro lugar.
 - C) Las tesis contrarias a la teoría del deber.
 - a) Advertencias previas: la persistencia de la protección del Estado; las tesis basadas en la distinción relaciones de supremacía general y especial; las tesis que incluyen el deber en la estructura del delito sin estimarlo objeto de protección principal.
 - b) La opinión de OPPENHEIM.
 - c) Otras posturas.
9. La conexión entre el Derecho penal totalitario y el "deber del cargo" como objeto jurídico de los "delitos de funcionarios".

10. Conclusiones generales del apartado IV.

V. CRITICA A LA CONCEPCION DEL "DEBER DEL CARGO" COMO BIEN JURIDICO EN LOS "DELITOS DE FUNCIONARIOS".

1. Planteamiento.

2. Los posibles reparos a la conexión entre la concepción totalitaria del delito y el pensamiento del "deber del cargo" como objeto jurídico de los "delitos de funcionarios".

- A) El general deber de fidelidad de todos los individuos hacia el Estado y el "concreto" "deber del cargo".
- B) La coincidencia de contenido de los "delitos de funcionarios" antes, en y después de la "concepción totalitaria del delito".
- C) La distinción entre relaciones de supremacía (o sujeción) generales y especiales y el fundamento de los "delitos de funcionarios". "Delitos de funcionarios" y faltas disciplinarias de funcionarios; el bien jurídico en los ilícitos disciplinarios de funcionarios; la organización administrativa como bien-medio.

3. El pensamiento del "deber del cargo" como visión totalitaria de la actividad administrativa; Administración-Estado y Administración-ciudadano: la consideración de las relaciones funcionario-ciudadanos; el "deber de servicio" de la Administración para con la sociedad como ámbito de la antijuridicidad de los "delitos de funcionarios"; deber y bien jurídico; la fosilización del bien jurídico en beneficio del deber.

4. La insuficiencia del "deber" para colmar la antijuridicidad de los tipos del Tít. VII.

- A) Los deberes de respeto y obediencia a los "superiores".
- a) La no presencia del deber de respeto a los "superiores" en el Tít. VII. Consideración de los arts. 240, párr. 3º 1º i.; 241, párr. 1º y 569, 2º La relación deber de respeto-orden público en la doctrina.
 - b) El deber de obediencia al funcionario "superior" en el Tit. VII. Consideración de los arts. 369 y 370. "Deber de obediencia" y "cumplimiento de un deber". La relación entre los arts. 369-370 y 337-338; concurso de delitos o de leyes; las tesis de MUÑOZ CONDE, CEREZO Y RODRIGUEZ DEVESA; la alternativa entre orden público y actividad administrativa como objeto de protección de los tipos considerados. La inserción del deber en la protección del bien jurídico.
 - c) Deber y bien jurídico en la falta disciplinaria de desobediencia.
- B) "Deber de dignidad en relación con la moral sexual" y bien jurídico, en los tipos de los arts. 383 y 384. La relación entre "los abusos contra la honestidad" cometidos por funcionarios y el cohecho.
- C) La "infracción de la obligación del cargo" y el bien jurídico en el art. 359. El "abuso del oficio" del art. 302; el "abuso del arte" del art. 415, párr. 1º La necesaria referencia al bien jurídico en los delitos de omisión propios. El bien jurídico como elemento delimitador de la aplicación de los arts. 358 y 359.

5. Consideración de la doctrina del "deber del cargo" en el Tit. VII.
- A) La rúbrica del Tit. y el "deber del cargo".
 - B) Las "Straftaten im Amte" del StGB alemán y los "delitti contro la pubblica amministrazione" del C.p. italiano.
 - C) Iluminismo y Cods. pens.
 - D) Derecho penal "de funcionarios" y Derecho disciplinario de funcionarios. Organización administrativa y cualidades de la actividad administrativa.
 - E) Confrontación del pensamiento sobre el bien jurídico en la Secc. II, Cap. II, Tít. II, Lib. II, del C.p. y en el Tít. VII, Lib. II C.p.. La distinta influencia del iluminismo en cada uno de estos apartados. Interpretación "correctiva" en relación al bien jurídico en el Tit. VII.
6. El bien jurídico en el Derecho disciplinario de funcionarios y en el Tít. VII C.p.
- A) La vocación totalitaria del Estado y las cualidades de la actividad administrativa.
 - B) Organización administrativa y actividad administrativa. El Derecho disciplinario de funcionarios como "derecho interno" de la Administración.
 - C) Derecho disciplinario de funcionarios y Derecho disciplinario laboral.
 - D) Crítica a la distinción tradicional entre "derecho público" y "derecho privado".
 - E) El rechazo de la tesis del Derecho disciplinario de funcionarios como "derecho interno" de la Administración.

7. Conclusiones generales del apartado V.

VI. "DELITOS DE FUNCIONARIOS" Y DERECHO DISCIPLINARIO DE FUNCIONARIOS.

1. Planteamiento.

2. Precisiones previas.

- A) La "pacificidad" de las relaciones Derecho penal-Derecho disciplinario y de la acumulación de pena y sanción. Las opiniones de PARADA y BAJO.
- B) Las formas culposas de los "delitos de funcionarios" como ilícitos disciplinarios. Tesis de QUINTANO.
- C) La búsqueda legal del "bis in idem". Remisión a otro lugar.

3. La distinción "cualitativo-cuantitativa" entre ilícitos penales y disciplinarios "de funcionarios". Planteamiento inicial.

4. La "diferencia cualitativa".

- A) La "naturaleza interna" del ilícito disciplinario. Opinión de MAURACH. Crítica y propuesta. Subsidiariedad del Derecho penal e ilícito disciplinario.
- B) La configuración paralela de los elementos de los ilícitos penales y disciplinarios. Origen y desarrollo del ilícito disciplinario de funcionarios. La referencia al bien jurídico como vínculo de unión Derecho penal-Derecho disciplinario; los concretos bienes jurídicos protegidos como dato diferencial de los singulares ilícitos penales y disciplinarios.

5. La "diferencia cuantitativa".

- A) La relación de consunción entre delitos "de funcionarios" y faltas disciplinarias de funcionarios.

- B) Otras relaciones distintas de la consunción.
 - C) Pena y sanción como expresión de los desvalores de las conductas descritas en los tipos de "delitos de funcionarios" y de faltas disciplinarias de funcionarios. Especial consideración de la problemática de la sanción de separación del servicio :
 - a) La opinión de PARADA. Crítica.
 - b) Separación del servicio e inhabilitación perpetua para cargo público.
 - c) La posible desviación de poder en la imposición de la separación del servicio.
6. Crítica a la justificación y fundamentación del Derecho disciplinario de funcionarios como el ámbito "interno" de poder de la Administración. Trascendencia y significación de las distintas posturas ante las relaciones Derecho penal-Derecho disciplinario.
7. La moderna doctrina española dominante.
- A) La diferencia cuantitativa como reacción a las consecuencias inadmisibles de las tesis "cualitativistas". ¿"Naturaleza penal" de las faltas disciplinarias de funcionarios o "naturaleza disciplinaria" de los "delitos de funcionarios"? Deber y bien jurídico en los "delitos de funcionarios" y en las faltas disciplinarias de funcionarios.
 - B) La concepción formal del delito como última "ratio" de la diferencia meramente cuantitativa.
 - C) La consideración del bien jurídico como determinante para la adopción de una u otra postura ante las relaciones "delitos de funcionarios"-faltas disciplinarias de funcionarios.
8. Otras precisiones.

- A) Los términos de entendimiento de la "diferencia cualitativa" en el seno de la distinción "cualitativo-cuantitativa". El sujeto pasivo en los "delitos de funcionarios" y en las faltas disciplinarias de funcionarios.
- B) Diferencia cuantitativa y derecho positivo.
 - a) La crítica de PARADA.
 - b) Delito doloso y falta disciplinaria de comisión de "cualquier conducta constitutiva de delito doloso". La vinculación de los órganos administrativos a la decisión del Trb. penal. El fracaso de la tesis "cuantitativista" y la no admisibilidad de la diferencia cualitativa: propuesta de reforma y propuesta alternativa.
 - c) El delito de prevaricación del art. 358 C.p. y la falta disciplinaria de "emisión de informes y adopción de acuerdos manifiestamente ilegales".
- 9. Faltas disciplinarias de funcionarios y bien jurídico.
 - A) La referencia al bien jurídico. Inexistencia de faltas disciplinarias de funcionarios por ausencia de ataque al bien jurídico.
 - B) La referencia adecuada al bien jurídico. El rechazo de las faltas disciplinarias de funcionarios de peligro presunto.
- 10. "Delitos de funcionarios" y bien jurídico. Los ejemplos doctrinales de "delitos de funcionarios" indiferenciables de las faltas disciplinarias de funcionarios.
- 11. Conclusiones generales del apartado VI.

VII. EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN EL ART. 358 C.P.

- 1. Rechazo del "deber del cargo" como objeto de protección.

2. Conclusiones generales de los apartados anteriores, aplicables para la determinación del bien jurídico en el art. 358 C.p.
3. Exposición y crítica de la doctrina sobre el bien jurídico en el art. 358 C.p.
4. La doctrina sobre el bien jurídico en el § 336 StGB alemán.
 - A) Caracteres generales de esta doctrina.
 - B) Tesis de OPPENHEIM.
 - C) Reflejo de la tesis anterior y de los caracteres generales indicados, en la demás doctrina alemana.
 - D) La indiferenciación de las actividades judicial y administrativa en la doctrina alemana del bien jurídico en la "Rechtsbeugung". Necesidad de una caracterización diferenciadora. Aplicabilidad de los anteriores argumentos al art. 358 C.p.
5. Los rasgos fundamentales caracterizadores de la actividad administrativa. El servicio que la Administración pública tiene que prestar a la comunidad como ámbito del bien jurídico protegido por la norma del art. 358 C.p.
6. Verificación de la hipótesis anterior y concreción del objeto de protección indicado. La legalidad en el ejercicio de la actividad administrativa como bien jurídico protegido en el art. 358 C.p.
 - A) El principio de legalidad de la Administración.
 - B) Legalidad y poder reglamentario. Los límites entre las normas de los arts. 358 y 377 C.p.
 - C) Contenido de la legalidad: la referencia al ordenamiento
 - D) La vinculación de la Administración al ordenamiento.

- a) Ordenamiento jurídico y ordenamiento jurídico estatal.
 - b) La distinta vinculación al ordenamiento de Administración y Jueces; la función administrativa de realizar los fines públicos en el marco de la legalidad: lesión del servicio a la comunidad y ruptura de la legalidad.
- E) Rechazo de la doctrina de la "vinculación negativa" Legalidad, discrecionalidad, bien jurídico y control judicial-penal de la actividad administrativa. La posibilidad penal, anterior a la contencioso-administrativa, de control de la discrecionalidad; elementos reglados, hechos determinantes y principios generales del Derecho.
7. El ejercicio de las potestades de la Administración como objeto jurídico de los tipos del art. 358 C.p.
- A) Planteamiento.
 - B) La nueva concreción del bien jurídico en el art. 358 C.p., sobre la consideración de los caracteres de la potestad.
 - 1°. La protección de la actividad administrativa en el art. 358 C.p., como protección-control del ejercicio de las potestades por la Administración.
 - 2°. Derechos públicos subjetivos y objeto de protección en la norma del art. 358 C.p.
 - a) La norma del art. 358 C.p. como protección de los derechos subjetivos de los ciudadanos, nacidos del ejercicio de las potestades de la Administración.
 - b) La norma del art. 358 C.p. como defensa de los derechos subjetivos impugnatorios y de la legalidad abstracta.

c) Prevaricación por perjuicio y prevaricación por beneficio.

3°. Prevaricación por ausencia de atribución de potestad.

4°. Prevaricación por desviación de poder. La necesidad de un tipo omisivo o más amplio de prevaricación administrativa.

5°. Prevaricación en el ejercicio de potestades "regladas" y "discrecionales".

a) La relevancia del fin perseguido expresado en la resolución administrativa.

b) Prevaricación y principios generales del Derecho y precedente administrativo.

8. Consideraciones finales.

A) El rechazo de la consideración formalística del bien jurídico en la prevaricación.

B) El bien jurídico en la prevaricación y los caracteres de fragmentario y subsidiario del Derecho penal.

C) Responsabilidad penal y responsabilidades política y disciplinaria en relación a la prevaricación.

D) La idea de exigibilidad en la prevaricación administrativa.

9. Conclusiones generales del apartado VII.

I. EL TIT. VII Y EL BIEN JURIDICO.

1. Las opiniones doctrinales sobre la rúbrica y contenido del Tít. VII. Crítica.

En la investigación para determinar el bien jurídico protegido por la norma contenida en el artículo 358 del código penal, parece lo más correcto orientar la cuestión en primer término, desde el punto de vista sistemático, esto es, del Título en que está inscrito dicho artículo:

Es preciso comprobar la veracidad de la extendida opinión doctrinal (285) de que la rúbrica del Título VII ("De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos") no supone un criterio clasificatorio guiado por el bien jurídico (a diferencia, se dice, de los demás Títulos del Libro II) sino basado en los sujetos (286); que tal rúbrica nada indica respecto al bien (o bienes) que se ataca (n) con la realización de las conductas descritas dentro del Título (287); que el Título

(285) Cuando digo "extendida", entiéndase el término como relativo, esto es, en comparación con la escasez de opinión doctrinal al respecto: de la literatura española consultada, sólo los autores que a continuación cito se han ocupado, y aún de manera asaz somera, del tema; los demás, o ni siquiera se plantean la cuestión sobre el bien jurídico o, cuando lo hacen, también brevísimamente, no aluden a la rúbrica del Título.

(286) COBO. "Examen crítico del párrafo 3o. del artículo 119 del Código Penal español (Sobre el concepto de "funcionario público" a efectos penales)" en R.G.L. J. febrero de 1962, no. 2, Tomo XLIV (212 de la colección) pgs. 213-255, pg. 250; FERRER, "Comentarios..." cit., T. IV, pg. 57; QUINTANO, "Curso..." vol. 2, cit. pg. 549 y "Compendio..." T. II cit., pg. 5.

(287) FERRER. "Comentarios..." cit., T. IV, pg. 61.

comprende un conglomerado residual de delitos a los que no se ha visto encaje en otro lugar del Código (con lo que se implica la ausencia de un bien jurídico común al que referir todas estas normas (288); que los delitos que contiene se pueden clasificar en función de una serie de bienes jurídicos diferenciados, siendo el punto común no, pues, un bien jurídico único sino sólo la condición de funcionario (289); que la agrupación de estos delitos en el Título no responde a una comunidad de bien jurídico atacado: los bienes jurídicos sólo se utilizan para establecer formas agravadas, siendo simplemente la infracción del deber lo que dota de unidad a tales delitos (290); que, de una parte, pese a que parece querer abarcar todos los delitos de funcionarios, hay otros lugares del código que también contemplan supuestos de comisión por funcionarios públicos y, de otra parte, no todos los tipos contenidos en el Título VII exigen un sujeto

(288) RODRIGUEZ DEVESA, "Parte Especial" cit., pg. 990.

(289) CASTEJON, "Derecho Penal", Tomo I: "Criminología General y Especial", 10. ed., Madrid, Editorial Reus (S.A.), 1931, pg. 323; QUINTANO, "Compendio ..." T. II cit., pg. 5; RODRIGUEZ DEVESA, "Parte Especial" cit. pgs. 990 y 995; MUÑOZ CONDE, ("Parte Especial", cit., pg. 654) también señala la existencia de diferentes bienes jurídicos, encontrando dificultades "en la búsqueda de un bien jurídico común a todas las infracciones recogidas en el Título VII que sólo puede encontrarse en un vago quebrantamiento de deberes profesionales o en la pureza de la Administración pública en general... poco indicativo, en realidad, de la naturaleza de estos delitos".

(290) JASO, "Parte Especial" cit., pg. 192; RODRIGUEZ DEVESA, "Parte Especial" cit. pg. 995.

activo funcionario (291); que, por último, la agrupación está llamada a desaparecer (292),

Una serie de reflexiones hace que pierdan buena parte de su valor las anteriores afirmaciones;

En primer término, el Código no procede en todos los casos, a través de las rúbricas de los Títulos, a enunciar directamente ("delitos contra...") el bien jurídico que sirve de criterio rector para la agrupación de los delitos contenidos en cada uno de ellos: los Títulos III (293), V (294) y VI (295) tampoco lo hacen.

En segundo lugar, el Código no opera en todos los casos agrupando por Títulos los delitos que atacan a un mismo bien jurídico: sin descender a los numerosos casos de concretos delitos (de entre los que, quizá, el de blasfemia resulte el más notorio) el aludido Título V es buena muestra de ello (296).

-
- (291) LOPEZ-REY, "Derecho Penal (obra ajustada al programa de 24 de julio de 1935 para el primer ejercicio de las oposiciones a ingreso en el cuerpo de aspirantes a la judicatura)", Tomo II: "Parte Especial" 1a. ed., Madrid, Editorial Reus (S.A.), 1935, pgs. 171-173; PUIG PEÑA, "Derecho Penal. Parte Especial" T. III cit., pgs. 401-403; RODRIGUEZ DEVESA, "Parte Especial" cit. pg. 990; COBO. "Exámen crítico..." cit. pgs. 248 y 249.
- (292) RODRIGUEZ DEVESA. "Parte Especial" cit. pg. 990
- (293) "De las falsedades".
- (294) "De la infracción de las leyes sobre inhumaciones, de la violación de sepulturas y de los delitos de riesgo en general".
- (295) "De los juegos ilícitos".
- (296) Como señala OLIYA ("Sobre el llamado delito fiscal", en R.F.D.U.C.M., vol. XVI, no. 43, pg. 20), los delitos de tráfico "se recogieron primero en sendas

En tercer lugar, si ni siquiera cuando el Código emplea el término "contra" en las rúbricas de sus Títulos, es posible en todos los casos conformarse con el bien jurídico así pretendidamente indicado (297), mucho menos clara resulta la determinación del bien jurídico en las rúbricas que no utilizan esta fórmula; así, por ejemplo, en la del Título VI: "De los juegos ilícitos" (298).

De las anteriores consideraciones podemos extraer dos importantes consecuencias aplicables al tema en estudio.

1a.) No es aceptable aplicar, sin más, al Título VII afirmaciones generalizantes (parcialmente ciertas y, por ello mismo, también parcialmente falsas) extraídas de la defectuosa sistematización de los Títulos del Código, de sus rúbricas.

... leyes especiales (1.950 y 1962), pero posteriormente la reforma de 1967 entendió que, dada la frecuencia de estos delitos, debían incluirse dentro del Código penal. Pero, claro está, la vieja estructura de 1848, no era apta para soportar muchas novedades y no se encontró otro lugar más adecuado que la violación de sepulturas, para hacer compañía sistemática a estas nuevas infracciones". En el mismo sentido, V. Ruperto NUÑEZ BARBERO. "La reforma penal de 1870". Secretariado de Publicaciones e intercambio científico. Universidad de Salamanca, 1969, pg. 56.

(297) Para tomar el caso del que, en general, se ocupa en primer lugar la doctrina cuando estudia la parte especial, recordemos aquí la rúbrica del Título VIII: "delitos contra las personas", sobre la que los autores aúnan su disconformidad (v. por todos: RODRIGUEZ DEVESEA, "Parte Especial" cit. pg. 19, nota 4; y la última de las opiniones contrarias a la nomenclatura: MUÑOZ CONDE, "Parte Especial". cit. pg. 1).

(298) Afirma LANDROVE ("Los juegos ilícitos", Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1971, pg. 33) que "cuestión problemática, y de hecho profundamente polémica,

2a.) Para determinar si existe o no un bien jurídico comunmente atacado por los delitos contenidos en el Título VII (lo que habría motivado su agrupación en el mismo), es preciso, como lo es también para todos y cada uno de los demás Títulos, realizar una investigación particularizada para el mismo (299).

2. Interpretación de la rúbrica.

Al efecto acabado de apuntar, centraré inicialmente mi atención en los términos de la rúbrica del mentado Título VII: "De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos".

... es la determinación del contenido sustancial de las infracciones que nos ocupamos. Evidente prueba de ello, en opinión de FERRER SAMA, es la vaguedad de la rúbrica del título en que se integran, tan diferente de las que figuran en cabeza de la mayoría de los restantes grupos de infracciones en que la Parte especial se divide. En efecto, no expresa el legislador en dicha rúbrica cual sea el bien jurídico lesionado por las actividades allí sancionadas". ¡Como tampoco en todas las demás, aún en las que emplean la preposición "contra"!

(299) Este argumento tiene uno paralelo, frecuentemente utilizado por la doctrina, respecto a la cuestión de la rúbrica del capítulo I del Título VIII y la caracterización de los delitos de parricidio y asesinato como modalidades de homicidio o como delitos independientes. Refiriéndose al delito de parricidio, escriben DEL ROSAL, COBO y RODRIGUEZ MOURULLO: "... la rúbrica de un capítulo, como toda rúbrica genérica, representa un mero concepto de orden y cumple, sin duda, una misión sistematizadora, pero que no pretende, ni puede, negar la auténtica naturaleza sustantiva de los conceptos idiográficos que se agrupan bajo ella. En este sentido, será siempre el análisis particularizado de los propios artículos que figuran bajo la rúbrica el que nos permitirá afirmar si estamos, o no, a presencia de una figura de delito independiente" (Juan DEL ROSAL, Manuel COBO y Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO, "Derecho Penal Español. (Parte Especial). Delitos contra las personas". Madrid 1962, pg. 161).

A) Una precipitada explicación de estos términos se conforma con una superficial interpretación gramatical. Ello lleva a afirmaciones como las aludidas, según las cuales se pretende agrupar en el Título una serie de delitos atendiendo exclusivamente a los sujetos activos de los mismos (interpretación de los términos "delitos de los funcionarios públicos"), lo que se califica de erróneo tanto por suponer una quiebra en el método de sistematización del código (basado en el bien jurídico atacado), cuanto (por ello mismo) por reunir un conjunto de delitos que conculcan diversos bienes jurídicos y sólo tienen como dato común, aparte la mentada cualidad de funcionarios de los sujetos activos, la violación del deber del cargo (interpretación de los términos "en el ejercicio de sus cargos"). Sobre esta base, se monta una segunda crítica: pretendiendo abarcar los delitos de funcionarios, el Título VII incurre en un doble defecto: ni todos los delitos en que el sujeto activo es un funcionario público se encuentran en él (pues también se pueden encontrar en otros Títulos del código), ni en todos los supuestos que contempla el Título el sujeto activo es un funcionario público (pues algunos tipos se refieren a acción "del particular").

Tales conclusiones son claramente insatisfactorias, por cuanto cierran todo camino de construcción coherente con la materia contenida en el Título VII. Sólo esta razón basta ya para imponer un replanteamiento, un nuevo enfoque, del tema.

En este sentido, cabe argüir que la interpretación de los términos "delitos de los funcionarios públicos" en que se basan tales conclusiones es tildable (300) de declarativa.

(300) Aceptando la clasificación de DE CASTRO ("Compendio de Derecho Civil. Introducción y Derecho de la persona", 5a. edición, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1970, pg. 110).

ya estricta mal entendida; por cuanto toma la expresión "funcionarios públicos" sin pararse a pensar en el especial contenido que el Código penal da a la clase (artículo 119, párrafo 3o.), con lo que viene a aceptar, en realidad, el concepto normal (administrativo) de funcionario público (301). Nada obliga, sin embargo, a operar así, sino al contrario: realizar una interpretación declarativa que "aclare o precise el valor dado a las palabras, conforme al "sentido normativo" (302); sentido normativo que habrá de buscarse, en primer término, en el propio Código penal, si queremos atender al Título preliminar del código civil que impone una interpretación "en relación con el contexto" (artículo 3o. 1).

B) Impuesta así una integración de la norma contenida en el párrafo 3o. del artículo 119 del Código penal, el Título VII de éste señala, en la primera parte de la rúbrica, el propósito de contener "los delitos de todo el que por disposición inmediata de la Ley, o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones pública" (303). Más condensadamente: los delitos de los que participan, por alguno de los títulos legalmente aceptados, del ejercicio de funciones públicas. Dejando, de momento, aparte tales títulos de -

(301) Excepción hecha de COBO, "Examen crítico..." cit. pg. 240, como se verá a continuación.

(302) DE CASTRO, "Compendio!!! cit. pg. 110.

(303) Señala COBO ("Examen crítico..." cit. pg. 240) que "en una correcta interpretación, teniendo en cuenta que dicho concepto (el de funcionario público) se encuentra legalmente expuesto, estos delitos serían de aquellos que en virtud de nombramiento legal, elección... participan del ejercicio de funciones públicas, en el ejercicio del cargo" (subrayado en el original).

habilitación (304), nos hallamos, sin más ante los delitos de los que participan del ejercicio de funciones públicas (305).

La función pública se convierte entonces en punto de referencia obligado de las acciones de este tipo de sujetos contenidas en el Título VII. Como dice COBO (306), "al legislador penal no le interesan tanto los delitos que cometen los funcionarios públicos en el sentido que fuere, como aquellos que se realizan con ocasión del ejercicio de la función pública". Si ésto es así, se puede concluir provisionalmente que lo que busca el Código penal a través de las normas en estudio, es preservar a la función pública de los ataques provenientes de la organización burocrática del Estado, de los miembros (entendidos en sentido pe

-
- (304) Que, por lo demás, en opinión de DEL TORO ("Comentarios al Código Penal", Tomo II (artículo 23-119), por J. Córdoba Roda, G. Rodríguez Mourullo, A. del Toro Marzal y J. Casabó Ruiz, Barcelona, Ediciones Ariel, 1972, pgs. 735-6), pueden reducirse a uno, puesto que "toda disposición inmediata de la ley que permite adscribir un sujeto al ejercicio de funciones públicas contiene bien un nombramiento bien una elección. Contrariamente no es aceptable que el nombramiento o la elección se realicen sin que exista una disposición legal que legitime tales procedimientos". En el mismo sentido, v. MUÑOZ CONDE ("Parte Especial" cit., pg. 655).
- (305) En otro lugar, señala COBO: "Afirmada la existencia de un título (disposición inmediata de la ley, elección o nombramiento de autoridad competente), se exige en la definición legal la participación del ejercicio de funciones públicas. Es decir: que no basta con la "cualidad jurídica" -por así decir-, sino que es menester la participación del ejercicio de la función pública, como titular de dicha cualidad. La función pública es, pues, nota fundamental del concepto penal de funcionario público. Es más: se ha de partir de ella en la formulación del funcionario público a efectos penales" ("Del funcionario público. Malversación de caudales, atenuante analógica y falsedad documental" (Comentario a la STS de 18 de diciembre de 1961) en R.F.D.U.C.M., Nueva Serie, vol. V, no. 12, pgs. 573-582, pg. 578).

nal) de ésta. En otras palabras: hay base argumental suficiente para plantear como hipótesis de trabajo que el bien jurídicamente protegido o, mejor dicho, el bien jurídico que la rúbrica del Título VII entiende que se protege con la existencia de los delitos en él contenidos, es la función pública.

C) Respecto a la segunda parte de dicha rúbrica ("en el ejercicio de sus cargos"), cabe señalar que la doctrina que no ha detectado el fundamental dato común a que acabo de referirme (función pública), busca, además del que ya tiene (sujetos activos), algún otro rasgo unificador que justifique la operación legislativa de agrupar los delitos en estudio. Tal rasgo lo halla, sin necesidad de circunloquio investigativo alguno, en este ejercicio del cargo.

En la referencia al cargo hay una evidente llamada a la integración del sujeto (funcionario público) en la organización burocrática del Estado; a la relación orgánica o de servicio en que están tales sujetos. Ello lleva inmediatamente a pensar en las obligaciones dimanantes de tal relación. Sin esfuerzo se podrá, en consecuencia, hablar de los deberes del cargo. La violación de los mismos será, entonces, la característica singularizadora de los delitos de funcionarios.

Para algunos autores, dicha violación de los deberes del cargo se considera, sólo en cuanto "ratio" de la agrupación: una situación (relevante desde el punto de vista del derecho administrativo pero no, ordinariamente, desde la óptica del derecho penal) que toma el legislador para

agrupar un conjunto de conductas que, de otra manera, no podrían serlo en cuanto que no existe un bien jurídico comúnmente conculcado por ellas (307).

Para otros, en cambio, el deber del cargo se erige en el bien jurídico protegido por todos los delitos contenidos en el Título VII (308).

(307) JASO ("Parte Especial", cit. pg. 192): "El Código penal en este título ofrece una modificación fundamental en su sistemática. Es sabido que, generalmente y de forma normal, atiende, en primer lugar, a la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos y coloca en segundo término la infracción del deber; en cambio, en los delitos que examinamos ha procedido de forma absolutamente contraria, puesto que lo que da unidad a estos delitos es la infracción del deber, y sólo en segundo término, bien para establecer formas agravadas... o bien para configurar ciertas especies delictivas... ha tomado en cuenta las especiales lesiones de los bienes jurídicos que aquellas conductas contrarias al deber llevan consigo. Debiendo insistirse en el hecho de que existen una serie de figuras donde tal lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos no concurren, al menos que se tome en cuenta el concepto de bien jurídico en un sentido tal que resultaría desnaturalizado". RODRIGUEZ DEVESA ("Parte Especial" cit. pg. 990): "... aunque la ley acentúe como lazo de unión de los delitos comprendidos en el título que el sujeto activo ha de ser un funcionario, no excusa indagar cuál sea el interés jurídicamente protegido"; pg. 995: "Es costumbre destacar las relaciones internas del funcionario con el Estado, para subrayar que "lo que da unidad a estos delitos es la infracción del deber" de servicio... Sin embargo, en los delitos que hemos de examinar hay algo más que una infracción del deber de servicio. También en todos ellos la razón de su incriminación se halla en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico... Parece, no obstante, que sería trastornar con exceso el orden legal disgregar un grupo que, sin duda, está llamado a desaparecer, por lo que nos limitaremos a consignar en cada caso los intereses jurídicos afectados por las conductas en cuestión".

(308) CASTEJON, "Derecho Penal". cit. pg. 324: "... en general los delitos de este título son realizados

... a la vez contra lo dispuesto en la ley y contra la finalidad exigida al funcionario..."; LÓPEZ-REY, "Derecho Penal..." cit. pg. 172: "... delitos puros de estos funcionarios en que se ofenden aquellos intereses de que son órganos los funcionarios públicos, y cuya garantía y conservación les está justamente a ellos confiada o que ofendan la dignidad del cargo. Estos delitos están especialmente conexiónados con la violación de las obligaciones del cargo que se ejerce...". Aunque protestando de que sea así de lege lata, y proponiendo otra solución de lege ferenda, también FERRER ("Comentarios..." cit. T. IV. pg. 57): "Apartándose el Código, en la rúbrica de este título, del criterio que ha servido de base para la clasificación de los delitos en los restantes títulos del Libro II, que procedentemente toman en cuenta la naturaleza del bien jurídico lesionado, se basa aquí la ley en un fundamento de agrupación muy distinto, cual es el de la cualidad de funcionario público del sujeto activo. Tal criterio merece una crítica desfavorable, evidentemente, no ya porque queda rota la unidad sistemática del Libro II, sino principalmente porque la expresada cualidad de funcionario en el sujeto activo es algo situado fuera de la propia esencia de las infracciones penales. Claro es que siempre cabe alegar que la intención legislativa ha sido la de tener en cuenta como elemento común de estos delitos el quebrantamiento de deberes profesionales. Más como quiera que estos deberes profesionales son aquellos impuestos a los funcionarios públicos por razón del desempeño de sus funciones administrativas, resultaría mucho más correcto haberse inspirado en los mismos principios en que se sustentan diversos códigos que, como el italiano vigente, agrupan esta clase de infracciones por lo que verdaderamente tienen de común, y este elemento común no es otro que el de constituir un atentado a la Administración pública". Para QUINTANO ("Curso... vol. 2, cit. pgs. 549), "El título VII del Libro II del Código penal abandona en su epígrafe la habitual redacción de tomar como base el bien jurídico protegido, y en vez de la preposición "contra" usa la de "de", refiriéndose a los "delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos". Ello no quiere decir, naturalmente, que en ellos no exista el bien jurídico tutelado operante como objeto del delito que es el servicio mismo, valor ideal de la "cosa pública" (según la fórmula francesa), la "pública Administración" (según la italiana) o simplemente el "deber profesional" (en la del Código suizo)". ¡Cómo si estuviéramos ante conceptos intercambiables! Más adelante (pg. 551), distingue dentro del título VII entre "Infracciones formales", o de pura acti-

Por su parte, COBO entiende que la inclusión de los términos "en el ejercicio del cargo", dentro de la rúbrica en análisis, es redundante, y el Código inconsecuente al hacerla (309); y ello porque "es indudable que el ejercicio del cargo supone precisamente la participación

... vidad, que afectan meramente al buen orden de los servicios... e "Infracciones de infidelidad" o conducta, que se traducen en comportamientos con relevancia en el mundo exterior, y henchidos ya de reprochabilidad moral...", para terminar señalando (pg. 557) que "... en un plano que excede de lo puramente formal, existen en el Título VII tipicidades más concretas en que se incriminan resoluciones o conductas en las que no sólo entran en juego la pureza de la gestión, sino, además, intereses extraños públicos o privados. Constituyen "infidelidad" del funcionario en servicios que le están encomendados..." Con lo que, a fin de cuentas, nos quedamos sin saber muy bien cuál es ese "bien jurídico distinto y común a todos los delitos del grupo" que RODRIGUEZ DEVESA ("Parte Especial". cit. pg. 995, nota 31) cree que QUINTANO estima respecto a las abarcadas en el título VII: ¿es la relación de servicio?, ¿los deberes dimanantes de la misma?, ¿la Administración pública? (y, si ésta última, ¿lo es entendida al modo lato del código penal italiano o de un modo más estricto?), ¿es la pureza de la función?, ¿es la relación de la Administración pública con el "mundo exterior"? MUÑOZ CONDE, por su parte, dice ... un bien jurídico común... sólo puede encontrarse en un vago quebrantamiento de deberes profesionales o en la pureza de la Administración en general" ("Parte Especial" cit. pg. 654); respecto a este último término se pueden plantear iguales interrogantes que los precedentes referidos a la opinión de QUINTANO sobre la Administración pública.

(309) "Examen crítico... "cit. pgs. 245 i.f. y 246.

del ejercicio de la función pública. Es decir, la nota exigida para que exista funcionario público. Por tanto, siempre que se cite en el código el término funcionario público, es porque se participa del ejercicio de tal función, del cargo público. En consecuencia, carece de sentido decir "en el ejercicio de sus cargos", porque es justamente lo que da rango de funcionario público, ya que por fuera del mismo se carece de dicho carácter (310).

Sin embargo, no es esto último tan cierto, o, por lo menos, no es cierta la idea que una primera lectura de ello produce, como reconoce el propio autor al aclarar el alcance de esta afirmación (311), pues "participar en la primera (en el ejercicio de la función pública) no implica ejercer el cargo. Es decir, se puede participar en el ejercicio de la función pública sin ejercer y sin tener un cargo" (312).

En resumidas cuentas, el autor citado es de la opinión que, condensadamente, puede formularse así: el ejercicio del cargo implica participación en el ejercicio de la función pública, pero la participación en este último ejercicio no conlleva necesariamente el ejercicio del cargo.

(310) "Examen crítico..." cit. pg. 247.

(311) "Examen crítico..." cit. pg. 255, nota 99: "Si por la redacción se hubiese creído en algún momento que se identificaban (ejercicio de la función pública y ejercicio del cargo), era solamente en atención a hacer más patente la redundancia que en gran medida suponen a veces, así como por respetar la denominación legal".

(312) "Examen crítico..." cit. pg. 255.

Todo está indicando que en la argumentación recogida se emplea el término "cargo" en un sentido estricto, de derecho administrativo, cuando nada aconseja que se proceda así.

Si el legislador está empleando un concepto penal de funcionario público, ¿por qué va ahora a variar aferrándose a un concepto administrativo de cargo? Si el legislador ha ampliado el círculo de los funcionarios públicos indicando que, a los efectos penales, por éstos se entiende no a los que ejercen una función pública, sino a los que participan del ejercicio de una función pública, ¿por qué ahora va a utilizar un término ("cargo") que implica el ejercicio de funciones públicas?

A mi entender, existe un pequeño vicio de planteamiento en la argumentación de COBO que obscurece todo el posterior desarrollo. En efecto, dice este autor, como hemos visto, que "es indudable que el ejercicio del cargo supone precisamente la participación del ejercicio de la función pública". Ello es engañoso, porque ejercer el cargo supone más que participar del ejercicio de la función pública, implica ejercer dicha función; por ello, el inicial planteamiento no se puede invertir: la participación en el ejercicio de la función pública no implica el ejercicio del cargo; en cambio el ejercicio de tal función sí supone el ejercicio del cargo.

El propio autor resalta un poco antes (313) que "la característica fundamental del funcionario a efectos administrativos es su incorporación a una entidad administrativa en régimen de Derecho público", precisando más -

(313) "Examen crítico..." cit. pg. 229; subrayado en el original.

adelante que "en el campo administrativo... la nota fundamental del concepto de funcionario público es su incorporación a la organización administrativa en forma permanente y voluntaria" (314).

En cambio, sigue diciendo COBO, "no se exige en el concepto penal la nota de incorporación que veíamos era fundamental en la noción administrativa. El párrafo 3o. del 119 contempla y abarca supuestos en los que, a virtud de un título determinado, se participa en la función pública, siendo indiferente la existencia de una incorporación en el sentido administrativo del vocablo... el párrafo 3o. del 119 no requiere una incorporación, sino la mera participación en la función pública, con lo que, de suyo es sumamente más amplio" (315); y sigue diciendo: "igualmente no se da en la noción penal, o al menos no se quiere para su constitución, la nota de permanencia - de los servicios, ni la fijación en plantillas... Tampoco el mismo carácter de permanencia, ni la oposición y concursos previos, ni figurar en plantillas, etcétera..." (316).

En suma, lo que caracteriza al cargo, la incorporación y la permanencia, es ajeno al concepto penal de funcionario.

Ahora bien, "no obstante lo anterior, el concepto de funcionario público administrativo, o por mejor decir, el genérico concepto que hemos dado, tiene una nota en común con el concepto penal del párrafo 3o. del artículo

(314) "Examen crítico..." cit., pg. 234; el subrayado es mío.

(315) "Examen crítico..." cit., pg. 237; el subrayado en el original.

(316) "Examen crítico..." cit., pg. 238; los subrayados en el original.

119... el individuo ejecuta o al menos participa de la función pública..." (317).

Si todo ésto es cierto, y en mi opinión lo es, la fórmula legal "delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos" descompondría sus términos, aplicando para uno el concepto penal y para otro el administrativo, de la siguiente manera: "delitos de los que... participan del ejercicio de la función pública, en el ejercicio, con carácter permanente e incorporados a una entidad administrativa en régimen de Derecho público, de esta función".

Con ello, el Código está limitando el alcance de la primera parte de la rúbrica (que es la que, por otra parte, se esfuerza en aclarar para dotarla de amplitud a través del artículo 119, párrafo 3o.) mediante la segunda parte de la misma. De manera que sería harto más inconsecuente (318) de lo que señala el propio COBO (319), puesto que no sólo sería inadecuado que el Código contuviera en el Título VII, como contiene, tipos en los que el sujeto activo es de aquellos a quienes, prima facie, no se puede atribuir el desempeño de un cargo público, sino también que la mayoría de los tipos contenidos en dicho Título señalen que el sujeto activo es un funcionario público, puesto que inducen al error de pensar que por tal

(317) "Examen crítico..." cit., pgs. 238-239.

(318) No redundante, habida cuenta de la señalada diferencia entre ejercicio del cargo y participación en el ejercicio de la función pública.

(319) Quién indica que bajo esa rúbrica no se pueden poner, como lo hace el Código, tipos en los que el sujeto activo es un particular, quien rehusa a desempeñar un cargo público o quien continúa ejerciéndolo sin título, en la medida en que tales sujetos no ejercen un cargo.

hay que entender, conforme al artículo 119, al que "participa del ejercicio de funciones públicas", siendo así que, conforme a la autolimitación contenida en la rúbrica, los funcionarios públicos (sujetos activos de los delitos situados bajo ella), sólo pueden reunir esa calidad de sujetos activos en tanto ejerzan un cargo, éstos es, en tanto sean funcionarios públicos conforme a la definición que proporciona el derecho administrativo.

Tan absurda conclusión induce a pensar que tampoco al hablar de cargo, como el hablar de funcionario público, la rúbrica del Título VII lo hace según los elementos que el Derecho administrativo atribuye al término, sino que el legislador persigue otro propósito al introducir la puntualización de que las conductas han de realizarse ejerciendo el cargo.

¿Cuál es dicho propósito? Un brevísimo recorrido histórico puede aclarar la cuestión.

El Código de 1822 no contiene definición legal de funcionario público; sí, en cambio, el antecedente del actual Título VI rubricado "de los delitos y culpas de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos" (320).

El Código de 1848 rubrica su Título VIII "De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos", y da, en su artículo 322 (capítulo XVII-"Disposición general"- de ese mismo Título), una definición legal

(320) Manejo la "Colección de los Decretos y Ordenes Generales, expedidos por las Cortes desde 1.º de marzo hasta 30 de junio de 1822, Impresas por orden de las mismas", Tomo IX, Madrid en la Imprenta Nacional, 1822, pg. 301.

de empleado: "Para los efectos de este Título se reputa empleado todo el que desempeña un cargo público, aunque no sea de Real nombramiento, ni reciba sueldo del Estado" (321); rúbrica y definición que se reproducen en el Código de 1850, Título VIII y artículo 331 (Capítulo XVII- "Disposición general" -de este Título) (322). La relación entre rúbrica y artículo, hace que COBO califique a este Código (se refiere al de 1848) de "ya redundante", "si bien es consecuente con su definición del artículo 322" (323). En efecto, si trasponemos la definición a la rúbrica, ésta dirá: "De los delitos de los que desempeñan un cargo público... en el ejercicio de sus cargos", lo que, a primera vista, es redundante.

... A menos que se piense que al legislador no le interesa agrupar en este Título todos los delitos de los empleados públicos (de los que desempeñan un cargo público), sino únicamente aquellos que son cometidos por éstos precisamente cuando ejercen el cargo y no en otras ocasiones en las que un empleado público (del que se puede predicar esta cualidad porque desempeña un cargo público) realiza acciones consideradas delictivas, fuera del ejercicio de ese cargo que desempeña, o bien, realizando dentro del mismo, con ellas conculca no sólo la función pública (ejercer el cargo implica ejercer la función pública, según hemos dicho antes) sino, además, otro

(321) Manejo el "Código Penal de España", Madrid en la Imprenta Nacional, 1848, pgs. 68 y 81 respectivamente.

(322) Manejo el "Código Penal de España", edición oficial reformada, Madrid en la Imprenta Nacional, 1850, pgs. 71 y 85 respectivamente.

(323) "Examen crítico..." cit. pg. 247.

bien jurídico considerado prevalente por el legislador a efectos de sistematización (324), (ya por su prioridad en la escala de valores frente a la que el legislador se

- (324) Advierte VIADA ("Código Penal reformado de 1870" cit., T. II. pgs. 531-532 pgs. 427 i.f. y 428) que "entramos en la extensa e importantísima materia de los delitos que pueden cometer los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. De algunos ha tenido ya ocasión de ocuparse el Código, notoriamente en los artículos 149 y 177... en el artículo 314... y, por último, en los artículos 320 y 347. En todos estos casos citados la cualidad de funcionario público es algo más que una circunstancia accidental de agravación proveniente del abuso del carácter público que tiene el culpable (11a. del artículo 10); puesto que es un elemento inherente al propio delito, un elemento esencial, constitutivo, sine qua non del mismo; elemento que, por lo mismo que es esencial, ha tenido la ley muy presente para agravar convenientemente la penalidad de los distintos hechos citados en que concurre.

Pero a poco que se observe, véase que la cualidad de funcionario público no es indispensable para la comisión de la mayor parte de dichos delitos; así, por ejemplo, la falsedad en documento lo mismo puede ser cometida por un funcionario público (artículo 314), que por un particular (artículo 315).

En los delitos, por el contrario, que forman parte de este título, el agente principal ha de ser indispensablemente un funcionario público; pues no se concibe la comisión de los mismos sin que intervenga necesariamente en ella una persona que tenga dicha cualidad. Así, por ejemplo: no puede existir un delito de sentencia injusta (artículo 361), sin un Juez, un funcionario público que la dicte; ni el de sustracción, destrucción u ocultación de documentos (artículo 375), sin un funcionario público encargado de la custodia de los mismos, etc..." (el primer subrayado es mío, los demás en el original).

Tal reflexión la hacen suya JIMENEZ DE ASUA y ANTON ("Derecho Penal (conforme al Código de 1928)", II, Parte especial, 1a. ed. Madrid, Editorial Reus (S.A.), 1929, pg. 101), así como PUIG PEÑA ("Parte Especial" cit. pg. 402) y CUELLO ("Derecho

sitúa, ya por su prioridad simplemente clasificatoria en la búsqueda de la homogeneidad de material necesaria para estructurar el Código. Por lo demás, es claro que con muchas de las conductas situadas dentro del Título de "delitos de funcionarios" no se ataca tan sólo a la función pública sino también a otros bienes jurídicos (propiedad, honestidad, etc...); mas, el legislador ha estimado (325) en este caso como prevalente, a efectos de sistematización, el primero respecto a los segundos (326). En ésta, y en otras ocasiones no conexas a la -

... Penal" Tomo II (Parte Especial), vol. 1o., 14a. ed. Barcelona, BOSCH Casa Editorial, 1975, pg. 397).

En conexión con lo anterior, veáse JASO ("Parte Especial" cit. pg. 194), quien dice: "Otra clasificación muy en boga entre los autores alemanes es la de propios e impropios, según que las conductas sean delictivas únicamente en cuanto tienen como sujetos activos a los funcionarios públicos o bien se traten de conductas ya en sí delictivas, que adquieren una especial relevancia al ser ejecutadas por los funcionarios públicos. Un examen cuidadoso de los delitos comprendidos en nuestro Código como delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos lleve a la conclusión de que la inmensa mayoría pertenecen al primer grupo, aunque otra cosa pudiera pensarse a primera vista". En igual sentido se pronuncia, citando mal, PUIG PEÑA ("Parte Especial" cit. pg. 401).

(325) Las razones para ello las veremos más adelante.

(326) En este sentido, por ejemplo, FERRER. "Comentarios ..." cit. T. IV. pg. 61; GROIZARD, "El Código Penal..." cit. T. IV, pg. 92. También, respecto a la agrupación correspondiente en el C.p. italiano, LEVI (Nino LEVI, "Delitti contro la pubblica Amministrazione (Tit. III del Lib. II del Codice penale)" en "Trattato di diritto penale coordinato da Eugenio Florian", 4a. ed. rinnovata in conformità al codice penale vigente (1930), Milan, Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, 1935 pgs. 7-8); RICCIO (Stefano RICCIO, "I Delitti contro la Pubblica Amministrazione", Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1955, pgs. 28 (in fine) - 30); BETTIOL (Giuseppe BETTIOL, "In tema di interesse privato in atti di

función pública, nos encontramos con delitos pluriofensivos, lo que implica un problema de ubicación resuelto por el legislador en un sentido u otro, según criterios en ocasiones compartibles y en otras no).

A este fin, el legislador ha utilizado en la rúbrica una fórmula por demás usual en el idioma. Es precisamente su simplicidad, su "coloquialidad", la que entorpece su recta comprensión, habida cuenta del contexto técnico en el que está situada.

Pero la referencia al cargo en la definición de empleado público no era suficiente. Conlleva una evidente

... ufficio", en "Studi in onore di Biagio Petrocelli" T. I, Milano, Dott. A. Giuffré Editore 1972 pg. 279). En sentido similar respecto al "abuso de poder" que implica una lesión al bien jurídico de la legalidad, como objeto jurídico añadido al propio de cada delito: STOTORNI (Luigi STOTORNI, "L'abuso ..." cit., pgs. 113 y 15). También en relación a los "Amtsverbrechen" del StGB alemán, FITTERER (Paul FITTERER. "Ercheinungsformen und Strafzumessung bei den wichtigsten Amtsdelikten (Amtsunter-schlagung, Amtsurkundendelikte, Postendungsdelikte, Bestechung)", Inaugural-Dissertation, Freiburg i. Br., 1951, pg. 89); VON HIPPEL (Robert VON HIPPEL. "Lehrbuch des Strafrechts", Berlin, Verlag von Julius Springer, 1932, pg. 309); WACKER (Hans WACKER, "Die Rechtsbeugung (Dogmatische und rechtspolitische Untersuchungen zu §336 des Rechtsstrafgesetzbuches mit besonderer Berücksichtigung der Strafgesetzentwürfe)", Diss., Kiel, 1931, pgs. 11 y 13); HENNING (Otto HENNING, "Die Rechtsbeugung im geltendem Recht und in den deutschen Strafgesetzentwürfen unter besonderer Berücksichtigung der Amtlichen Entwürfe eines Allgemein deutschen Strafgesetzbuches von 1925 und 1927", Diss., Heilderberg, 1929, pg. 22 Richard SCHMIDT ("Grundriss des Deutschen Strafrechts. Vergleichende darstellung des geltendem Rechts sowie des geplanten neuen Strafrechts nach dem im Rechtsausschuss des Reichtags berantenen entwurf von 1927", 2 Aufl., Leipzig, C.L. Hirschfeld Verlag, 1931, pg. 314 MAURACH (Reinhart MAURACH, "Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil. Ein Lehrbuch", 5 Auf. Karlsruhe, Verlag C.F. Muller, 1969 pg. 741); WELZEL (Hans WELZEL, "Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung", 11a. Aufl., Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1969, pg. 537).

connotación técnico-normativa que imposibilita su comprensión como característica amplia, no propia del derecho administrativo; lo que, de un lado, impide que en su aplicación práctica se consideren empleados públicos personas que, conectadas con el ejercicio de la función pública (con el ejercicio de un cargo), en puridad no la ejercen; y, de otro, hace inexplicable la presencia en el Título de tipos en los que el sujeto activo no puede calificarse, conforme a lo anterior, de empleado público.

De aquí que el código penal de 1870 (327), en el capítulo XIII ("Disposiciones generales") del Título VII ("De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos"), contenga el artículo 416 con la siguiente definición: "Para los efectos de este Título y de los anteriores del presente se reputará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley, o por elección popular, o por nombramiento de la autoridad competente, participe del ejercicio de funciones públicas" (328). Fórmula que es la que, en lo esencial (329), se

-
- (327) Código que, en opinión de DEL TORO ("Comentarios..." T. II, cit. pg. 735), "pretendió ampliar la noción de funcionario del artículo 322 del Código de 1848 y, al mismo tiempo, establecer más sólidas garantías para evitar la arbitrariedad, en el modo de ejercer a efectos penales, la función pública".
- (328) Manejo el "Código Penal Reformado mandado publicar provisionalmente, en virtud de autorización concedida al gobierno por la Ley de 17 de junio de 1870", Edición Oficial, Madrid, 1870. Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia.
- (329) Variará: la ubicación, y, por tanto, el alcance de la definición; el carácter "popular" de la elección; y, en la rúbrica del Título, se hablará ya directamente de "funcionarios públicos" en lugar de "empleados públicos".

conserva hasta el Código actual.

Con ella se evitan los inconvenientes antes apuntados: Respecto al primero, es decir, la imposibilidad de atribuir calidad de empleado público a sujetos que, conectados con el ejercicio de la función pública (con el ejercicio de un cargo), en puridad no la ejercen, al no exigirse ya, para ser funcionario público a efectos penales, que se desempeñe un cargo público, sino simplemente que se participe en el ejercicio de funciones públicas, la esfera de sujetos activos de aquellos delitos en los que, mediante fórmula directa ("El funcionario público que.."), se exige esta calidad, encuadrados en el actual Título VII, queda ya claramente interpretable como amplia, no connotada por el derecho administrativo (que exige el directo ejercicio de la función pública); por lo que abarcará no sólo a los que reúnen las características exigidas por este último ordenamiento, sino también a personas próximas a las mismas(330), cuyas conductas, por ello mismo atentatorias contra la función pública, también quiere castigar el legislador (y hacerlo precisamente en ese lugar por razones de sistematización).

En cuanto al segundo, ésto es, la presencia inexplicable

(330) Para la determinación de esta esfera de sujetos, es decir, los funcionarios públicos a efectos penales en concreta relación con los "delitos de funcionarios", V., ORTIZ DE ZUÑIGA Y CASTRO Y OROZCO. "Código Penal explicado..." cit., pgs. 186-188 y 266; Pedro GOMEZ DE LA SERNA y Juan Manuel MONTALBAN, "Elementos de Derecho Civil y Penal de España", T. III, 4ª ed., Madrid, 1.851; pgs. 282-283; Florencio GARCIA GOYENA y Joaquín AGUIRRE, "Febrero o librería de Jueces, Abogados o Escribanos (Comprensiva de los códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislación hoy vigente)", T.V, 4ª ed., Madrid, 1.852, pg. 263; PACHECO, "El Código Penal..." 2ª ed. cit., pgs. 393-394 y 531; Juan Domingo DE ARAMBURU...

dentro del Título de tipos cuyo sujeto activo no podía calificarse de empleado público conforme a la fórmula del código anterior, cabe decir lo siguiente: el legislador mantiene invariada la fórmula legal "en el ejercicio de su cargo", y la sigue manteniendo en el mismo sentido amplio que antes y con idéntico propósito: señalar que aquí sólo le interesa agrupar las conductas de los funcionarios públicos (funcionarios públicos en sentido penal) que, atentando contra la función pública, se llevan a cabo precisamente por realizar esa participación en el ejercicio de tal función; no le interesan ni las que, atacando dicho bien jurídico, se realizan fuera de esa actividad (de los particulares que ni siquiera participan del ejercicio de la función pública); ni las que, realizadas dentro de esa actividad, atacan, a más del bien jurídico señalado, otro considerado prevalente (lo que motiva su ubicación en otros lugares del código); ni, mucho menos, las que, realizadas por quienes tienen la cualidad de funcionarios públicos no atacan al bien jurídico motivo de la agrupación: función pública (de los funcionarios públicos actuando fuera de su esfera profesional de acción). El ejercicio del cargo a que alude la rúbrica no es tomado en un estricto sentido técnico, que implica (no es lo mismo, sino que implica) el ejercicio de la función pública, sino

(...) Y ARREGUI, "Instituciones de Derecho Penal Español (arregladas al Código reformado de 30 de junio de 1.850)", Oviedo, 1.860, pgs. 218-219; VIADA, "Código Penal reformado..." cit., pgs 531-532 y 695-696; R. Ramiro RUEDA, Elementos de Derecho Penal", T. II, 4º ed., Santiago, 1.898, pgs. 185-186; GROIZARD, "El Código Penal..." cit., T.IV, pgs.352-356; JARAMILLO "Novísimo Código Penal..." cit. vol. 2, pgs. 430-431 CUELLO, "El nuevo Código Penal..." cit., 294-295; FERRER, "Comentarios ..." cit., T.II, pgs.429-430; QUINTANO, "Curso..." Vol. 2 cit. pg 550; el mismo autor "Comentarios.." cit. pgs.459-461; COBO, "Examen crítico.." cit.; PUIG PEÑA, "Parte Especial" T.III cit. pgs. 402-403; DEL TORO, "Comentarios..." cit., T.II, 725-749; RODRIGUEZ DEVESEA, "Parte Especial" cit. pgs. 990-996.

(en concordancia con la primera referencia, al funcionario público en sentido penal) con un carácter ampliatorio ("a efectos penales") lo que supone, por tanto, abarcar la mera participación en el ejercicio de la función pública. En este sentido, la rúbrica descompuesta diría: "delitos de los que... participan del ejercicio de funciones públicas, en la participación del ejercicio de estas funciones". Bajo este prisma, no tienen por qué excluirse de la agrupación aquellas conductas de los particulares que, participando del ejercicio de funciones públicas, no ejercen cargo alguno, entendiendo este término en su acepción administrativa.

En suma, estamos ante un Título que recoge los delitos contra la función pública cometidos por aquellos que pueden atacarla desde dentro (quienes participan de su ejercicio), precisamente cuando actúan desde el interior (cuando realizan esa participación). No ante todos los delitos cometidos por funcionarios públicos; no ante todos los delitos que atacan a la función pública; no ante delitos que no atacan dicho bien jurídico, aunque el sujeto activo reúna la cualidad de funcionario público a efectos penales, precisamente porque no es actuando en dicha cualidad cuando los comete; no por último, ante delitos que, atacando tal valor, son cometidos por quienes ni siquiera participan del ejercicio de funciones públicas (no son funcionarios públicos a efectos penales sino, llanamente, particulares).

La larga explicación precedente, fundamenta... de por sí una acusación a la rúbrica del Título VII; su obscuridad. Obviamente el legislador debía haber manifestado su intención de un modo más claro. Más, hay que puntualizar que tal obscuridad no responde a un propósito legislativo de expresarse con una fórmula alambicada; más bien, pienso, ocurre todo lo contrario: que ha buscado una formulación simple, vulgar, perfectamente transparente en el momento de su aparición (1.822) y aún inmediatamente después

(331). La distancia y la superposición de modificaciones legislativas hacen perder la perspectiva de claridad sobre una fórmula más vulgar que técnica (332). Un análisis de la evolución penal de los conceptos aludidos puede confirmar lo que digo.

3.Verificación de la interpretación propuesta para la rúbrica, en el contenido del TA.VII. Pero antes de proceder a este análisis, conviene verificar, siquiera sea de un modo somero, si el contenido del título VII, los tipos que recoge, responde a la interpretación que he dado de su rúbrica.

A) Conforme a ella, tres características deben ser comunes a tales tipos:

- 1.) Que el sujeto activo sea un funcionario público en el sentido penal.
- 2.) Que el objeto de protección sea la función pública.
- 3.) Que la acción delictiva se realice precisamente cuando tal sujeto activo está participando del ejercicio de funciones públicas.

(331) Resulta expresivo, que en los comentaristas clásicos del Código no aparezcan las protestas de insatisfacción por la rúbrica, que modernamente recogen, de modo prácticamente unánime, los autores.

(332) Es desde esta óptica como adquiere virtualidad la opinión de COBO ("Exámen crítico..."cit.pg.247), (con la que sólo en parte puedo estar de acuerdo conforme a mi anterior argumentación), expresada en su análisis de los términos "en el ejercicio de sus cargos": "el legislador olvidó, como en tantas otras ocasiones, reformar la rúbrica y el específico articulado, si modificaba un concepto con cierto ámbito de eficacia (se refiere a la modificación en 1.870, del concepto de funcionario público al introducir, en la definición, "función pública") y que con ellos se relacionará, y mucho más, el de 1.944, que le concedió tan amplia virtualidad".

B) Ni la prevaricación de jueces ni la de "funcionario público" no juez (artículos 351-359) plantean problemas respecto a la reunión de las tres mentadas características. No ocurre así, en cambio, con la prevaricación de Abogados y Procuradores (artículos 360 y 361): el bien jurídico sí es la función pública (333), aunque también hay, evidentemente, otros bienes jurídicos implicados. Sin embargo, la jurisprudencia les ha negado, en distintas ocasiones, el carácter de funcionarios públicos (334); ahora bien, no ha sido así en todas las ocasiones pues, por ejemplo, la STS de 8 de mayo de 1.964 dice respecto al procurador que "únicamente cuando actúan ante los Tribunales u organismos, tiene el carácter de funcionario público a efectos penales, como Auxiliar de la Administración de Justicia en el primer caso", calificación que, por la misma razón que LOPEZ-REY extiende a los procuradores la negativa, también jurisprudencial, de otorgar esa condición a los abogados (335), podemos extender, en base a lo mismo, a los abogados. Si aceptamos que así se les puede atribuir una participación

-
- (333) Según RODRIGUEZ DEVESA ("Parte Especial" cit.pg.999), "tratándose de abogado y procuradores, cuya intervención alcanza por igual ambas esferas de aplicación de las leyes (administración de justicia y administración pública), dependerá del género de su intervención el que lesionen uno u otro bien jurídico, además de la infracción grave de deberes profesionales cuando actúen extrajudicialmente".
- (334) Como correctamente resaltan LOPEZ-REY ("Derecho Penal..."cit.pg.172) y PUIG PEÑA("Parte Especial" cit. pg.402).
- (335) LOPEZ-REY ("Derecho Penal..."cit.pg.172): "Abogados y Procuradores... no tienen dicha calidad, pues el primero le ha sido negada (S.S de 6 de Noviembre de 1.883, 9 de Febrero de 1.894) y al segundo, se le ha de negar ante la doctrina anterior".

del ejercicio de funciones públicas (336), lo que es mucho más claro es que los respectivos artículos imponen que las acciones que describen para ser castigadas se comentan, precisamente, en la realización de esa participación. En todo caso, razones de derecho histórico ("la más remota tradición, visible ya en el Derecho romano, les consideró susceptibles del delito de prevaricación dice QUINTANO (337) y de derecho comparado (en derecho penal alemán e italiano

(336) Ciertamente que si hay que atenerse estrictamente al concepto penal de funcionario público del artículo 119, faltará otro requisito: el título de habilitación por el que se realiza la incorporación a la actividad. Pero como ha resaltado COBO, "el concepto de funcionario público, debido a la redacción del párrafo 3º del artículo 119, ha de tener eficacia, proyectarse y extraerse de los específicos supuestos contemplados por el Libro II del Código penal" ("Examen crítico...cit.pg.246). En este orden de ideas, el mismo autor concluye: "a la vista de los supuestos del Libro II, el legislador ha extendido todavía más el ya amplísimo concepto de funcionario público del párrafo 3º del artículo 119, incluso a aquellos casos en los que no se constata la existencia de un título, con lo cual se quebranta, de otro lado, la armonía que debe reinar entre el concepto de la Parte general y los tipos concretos de la Parte especial. Con lo cual salta a primer plano, una vez más, la importancia de la mera "participación en el ejercicio de la función pública", puesto que sólo en base a ella el legislador trata unitariamente, en más de una ocasión, a particulares y a funcionarios (ob.cit. pg.250; subrayado y entrecomillado en el original). De la misma opinión, expresamente, MUÑOZ CONDE: "el concepto de funcionario público es un concepto funcional que debe extraerse del ámbito de cada tipo delictivo en concreto, teniendo en cuenta para ello la finalidad político criminal perseguida por el legislador con la creación del precepto" ("Parte Especial"cit.pg.250; subrayado en el original).

(337) QUINTANO. "Compendio..."T.II cit. y pg.165.

se reservan los términos "Prävarikation" (338) y "Prevaricazione" (339) para las conductas correspondientes a la prevaricación de abogados y procuradores del código penal español) abonan la actual ubicación de estos tipos (340), a más de que la "la asimilación a los funcionarios no es tan gratuita como a primera vista pudiera parecer, pues, en el proceso, tales profesionales, bien que representando a las partes, realizan una función al servicio de la Justicia con carácter en cierto modo público y orgánico, de "relación entre las partes y el Tribunal" (341).

C) Respecto a la "infidelidad en la custodia de presos", no cabe duda de la concurrencia de las tres características respecto al artículo 362. En cuanto al tipo del 363, el bien jurídico es el mismo: la función pública; el particular a que se refiere como sujeto activo merece el calificativo de funcionario público a efectos penales por cuanto participa del ejercicio de la función pública en razón al cometido que se exige que desempeñe; y, por último, la acción ("connivencia en la evasión") ha de cometerse precisamente cuando se está realizando dicha participación, esto es, en el ejercicio del cargo encomendado ("encargado de la conducción o custodia de un preso o detenido") (342). Caso de que no se efectúe la acción en el de

(338) "Parteiverrat" del §356 del StGB.

(339) Los delitos de "Patrocinio o consulenza infidele", "Altre infidelità del patrocinateore o del consulente tecnico" y "Millantato credito del patrocinateore", artículos 380, 381 y 382 del Código Penal respectivamente.

(340) Nacidos en el Código penal de 1848, artículos 266 y 267.

(341) QUINTANO. "Compendio... T. II, cit. pg. 165

(342) Ello conforme a la interpretación dada antes para esta expresión, y en contra de la opinión de COBO ("Examen crítico..." cit. pg. 249) para quien "no puede decirse en momento alguno, que "hallarse encargado" es equivalente al ejercicio del cargo por parte del funcionario público".

sempañó de dicho cometido, tanto en el supuesto del artículo 362 como en el del 363 no se cometerán los delitos en ellos comprendidos sino el del artículo 336, siempre que se trate de evasión de los privados de libertad mediante sentencia condenatoria o auto de prisión (343).

D) Por lo que se refiere a la infidelidad en la custodia de documentos, cabe hacer idéntica argumentación que la acabada de efectuar para el artículo 363 respecto al único supuesto problemático que se plantea: artículo 366, párrafo 2o. (344).

E) La violación de secretos no representa problema alguno respecto a la reunión de las características de referencia. La diferencia de términos en la rúbrica del capítulo, en relación con el correlato situado entre los delitos contra la libertad y seguridad ("violación de secretos" frente a "descubrimiento y revelación de secretos"), ya encierra de por sí una argumentación en sede de bien jurídico.

F) En cuanto a la desobediencia y denegación de auxilio, los tipos reúnen sin complicaciones los señalados carac-

(343) Pues, como señala QUINTANO ("Compendio... "T. II, cit. pg. 166), en el artículo 362 se comprende "cualquier situación de libertad, aunque no media re sentencia condenatoria o auto de prisión, necesarios, en cambio, en el delito de quebrantamiento" de condena y evasión de presos.

(344) También en contra de la opinión de COBO ("Examen crítico... "cit. pg. 249), quien tampoco aquí encuentra ejercicio de cargo alguno.

terres comunes, salvo en el artículo 372 que cierra el capítulo. Nos hallamos ante la denominada por RODRIGUEZ DE VESA (345) "denegación de auxilio de un particular a la Administración", que, nacida en el código penal de 1870, suscitó a los comentaristas de este texto legal encontradas opiniones. En efecto, mientras que VIADA (346) acoge cálidamente la innovación en términos tan elogiosos como los de que "aplaudimos que los reformadores de 1870 hayan calificado de delitos los hechos que en ellas se consignan, ya que no pueden menos de constituir una denegación de auxilio, ora a la causa pública en general, ora en particular a la Administración de justicia", GROIZARD (347) expresa su rechazo parcial diciendo que "no nos parece que el hecho descrito en el párrafo primero de este artículo es un verdadero delito. Ni en el código primitivo ni en el de 1850 estaba penado; en la reforma de 1870 lo fué más bien obedeciendo a razones transitorias, propias de la política, que a causas sociales permanentes, únicas que deben influir en la determinación de los delitos. Al ejercicio de las funciones públicas en buenos principios debe poderse renunciar..." De ambas opiniones, me quedo con la última. Y es precisamente esta introducción forzada de la norma, tanto por su coyunturalidad cuanto, más aun, por su falta de sustancia delictiva, la que explica que, aun con la doble limitación típica reseñada respectivamente por VIADA (348), en

(345) RODRIGUEZ DEVESA. "Parte Especial", cit. pg. 1024

(346) VIADA. "Código Penal..." cit. pg. 462.

(347) GROIZARD. "El Código Penal de 1870... T. IV, cit. pg. 210.

(348) VIADA. "Código Penal..." cit. pg. 462

cuanto a que el cargo rehusado tiene que ser de los obligatorios conforme a la ley, y por QUINTERO (349), en cuanto a la "necesidad de designación previa a la actitud negativa", no nos hallemos ante un supuesto de participación del ejercicio de funciones públicas sino, precisamente, ante todo lo contrario. Ni el sujeto activo es funcionario público a efectos penales, ni la acción delictiva se realiza en el ejercicio del cargo (350), y, sólo forzando la naturaleza del concepto de bien jurídico (de ahí que niegue la existencia de delito en esta conducta), se puede decir que la función pública resulta afectada por la ejecución del hecho descrito en la norma.

Por lo que concierne al segundo párrafo de este mismo artículo 372, no existen iguales discrepancias que para el anterior (351). Sin embargo, tampoco puede decirse que reuna de una manera clara las tres mentadas características unificantes. En efecto, sólo ensanchando excesivamente los términos de la definición legal de funcionario público a efectos penales puede decirse que el perito y el testigo reúnen esta calidad: en primer término, habría que dar gran amplitud a la interpretación de los títulos de habilitación para participar del ejercicio de funciones públicas ("disposición inmediata de la ley", "elección" y "nombramiento de autoridad competente"), y, en segundo lugar y sobre todo, habría de ampliarse también de

(349) QUINTERO, "Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho Penal Español", Barcelona Editorial CYMYS, 1974, pg. 24, nota 22.

(350) Como correctamente señala COBO ("Examen crítico..." cit. pg. 249).

(351) V. GROIZARD. "El Código Penal... T. IV, cit. pg. 211

un modo desmesurado la interpretación de la "participación" del ejercicio de funciones públicas (352). Por lo demás, parece un tipo pensado (353) como delito contra la Administración de Justicia (354), y entre los delitos contra ella debiera situarse; pero es que el Título de los delitos contra la Administración de Justicia surge con el código de 1928, y el tipo en estudio en el de 1870: una vez más ha habido un olvido sistemático del legislador.

G) En relación con la anticipación, prolongación y abandono de funciones públicas, el único supuesto que plantea problemas respecto a la reunión de las características unificantes ínsitas en la rúbrica del Título, es el contenido en el artículo 374. Es de recibo la opinión de COBO (355) según la que "de frente a este precepto cabe pensar que mal puede ser funcionario público el que debió cesar de acuerdo con la ley, es decir, que carece del título en virtud del cual operaba como tal funcionario. Sin duda,

(352) Lo afirmado podría cuestionarse en función del artículo 388 en el que el legislador parece emitir la opinión de que el perito desempeña una función pública. Sin embargo, y sobre no estar gramaticalmente tan claro este pensamiento legislativo (dice el citado artículo "o cualesquiera personas que de desempeñan una función pública" y no "o cualesquiera personas que también..."), la doctrina limita el alcance de este artículo no ya sólo al capítulo en que está inserto ("cohecho"), sino incluso dentro de él a los artículos anteriores al mismo (385 a 387) pero no a los posteriores (390). En este sentido, v. RODRIGUEZ DEVEZA. "Parte Especial" cit.pg. 1.037.

(353) V., VIADA. "Código Penal..." cit. pgs. 462-463; GROIZARD. "El Código Penal..." T. IV cit. pg. 211

(354) Pese a que sus términos, aparte de la colocación sistemática, no obliguen a ello, pues también hay "Tribunales" no jurisdiccionales y la LPA (artículo 88) admite "cualquier medio de prueba", entre ellas, por supuesto, la pericial y la testifical.

se apuntaría que es confirmatorio en la rúbrica, pues el sólo ejercicio del cargo es suficiente, pero se olvidaría de forma lastimosa que el párrafo tercero del artículo 119 exige un título, un nombramiento, que quedó quebrantado o inexistente desde el momento en que la ley o el Reglamento ordenó su cese, y que no es ni siquiera convalidable al modo exigido por la doctrina italiana" (356). Ahora bien, negada la cualidad de funcionario público en virtud de la anterior argumentación (357), lo que no puede dudarse es la concurrencia de los otros dos elementos de referencia: el ataque a la función pública y el desarrollo de la conducta en el ejercicio del ilegítimo cargo, precisamente por participar (ilícitamente) del ejercicio de dicha función. Es por ello por lo que, en definitiva, nos encontramos ante una conducta que lo que concretamente violenta es el título que habilita para participar del ejercicio de funciones públicas, esto es, es presupuesto de la condición de funcionario público. Si esto es así, ¿en qué lugar del código mejor que aquí puede situarse? He aquí, pues, la razón de su ubicación y la no fricción de la misma respecto a la rúbrica del Título VII.

... Por lo que habría de concluirse que es la función pública, en general la susceptible de verse afectada por la realización de la conducta descrita.

(355) COBO. "Exámen crítico..." cit. pg. 249.

(356) Para DEL TORO, en cambio, parece no haber duda sobre que se está en presencia de un funcionario público a efectos penales; dice: "la participación en el ejercicio de funciones públicas... tiene tal relevancia que es funcionario quién anticipara, prolongara o aún abandonara, sin habérsele admitido la renuncia, su gestión" ("Comentarios..." T.II. cit. pg. 739; el subrayado es mío).

(357) Y la conclusión de ello es que deben sustituirse los términos "El funcionario público..." con que comienza el artículo por los de "El que..."

H) En la usurpación de atribuciones y nombramientos ilegales también solamente un tipo, el del artículo 381, ofrece resistencia a su correcto encaje en el Título. Entre los demás, es cierto que algunos pudieran pasar al Título IV, más la homogeneidad que da a la materia la perspectiva de la división de poderes no aconseja este trasvase, sino en todo caso, como antes he indicado, a un Título de "delitos contra la constitución". Respecto al mentado artículo 381, dos son las cuestiones controvertibles a nuestros efectos: 1a.) la condición de funcionarios públicos de los eclesiásticos que, desde luego reconocida conforme al derecho (el código de 1848-50 habla, en su capítulo IX, de los "abusos de los eclesiásticos en el ejercicio de sus funciones") y la jurisprudencia anteriores, puede cuestionarse desde varios ángulos en el momento presente. 2a.) que realice la conducta en el ejercicio de su cargo, lo que no aparece nada claro tanto por lo dudosa que es la auténtica existencia de éste, cuanto porque la ley alude genéricamente al "eclesiástico" y no al Tribunal o juez eclesiástico (358), si bien la referencia al recurso de fuerza induce a pensar que se dirige a ellos. El supuesto (que parece orientado a separar las atribuciones de las jurisdicciones civil y eclesiástica (359)) merecería ser trasplantado al Título de los delitos contra la Administración de justicia, sin que por ello sufriera la homogeneidad de materia antes aludida, pues jurídicamente no se puede hablar del eclesiástico como cuarto poder diferenciado de la estructura estatal.

I) Con los abusos contra la honestidad, evidentemente se

(358) Como hacía el Código de 1822, artículo 512 y anteriores.

(359) V. en este sentido, GROIZARD. "El Código Penal..." T. IV, cit. pg. 241.

ataca al mismo bien jurídico protegido por los tipos encuadrados en el Título IX del Código, pero ello no debe incitar a su cambio de situación porque no es sólo el ataque a tal bien jurídico lo que da razón de existencia a los presentes tipos, sino también la consideración del ataque a la función pública que comportan: adviértase que, como resalta RODRIGUEZ DEVESA (360), "en este grupo hay un abuso de la situación predominante que confieren las facultades que la ley atribuye al funcionario, utilizadas para injerirse ofensivamente en la esfera de los bienes jurídicos de los particulares. Por esta razón se adelantan las barreras de la protección penal a hechos que realizados por un particular constituirían propuestas deshonestas impunes o simplemente injuriosas; igualmente implícito en los hechos que vamos a exponer, está en muchos casos un ofrecimiento a prevaricar...". Las otras dos características, por lo demás, es obvio que concurren.

J) El capítulo IX, "Del cohecho", suscita una primera cuestión en relación al bien jurídico, porque sus tipos parecen apuntar a "la integridad del funcionario como bien jurídico protegido" (361) más que a la función pública; entiendo, sin embargo, que en último término la integridad del funcionario interesa en la medida en la que afecta a un correcto desenvolvimiento de la función, y el que en algún tipo no se exija para la consumación la realización material de un acto por el funcionario público cohechado; no responde sino a un certero adelantamiento de las barreras de protección penal, pues obsérvese que, en todos los casos, es en relación a la posible realización de tal acto por lo que se estiman punibles las conductas descri-

(360) RODRIGUEZ DEVESA. "Parte Especial" cit. pg. 1029.

(361) RODRIGUEZ DEVESA. "Parte Especial" cit.pg. 1033.

tas. En este sentido, se puede mantener que, siendo en última instancia dicha función pública el bien jurídico afectado, es correcta la integración de estos delitos en el Título.

Delitos que, por lo demás, cumplen las otras características, con la sólo excepción de los artículos 391 y 392. En efecto, en dichas normas se contemplan como sujetos activos a los particulares, esto es, no funcionarios públicos; ello incluso comporta que se estime que no es el mismo bien jurídico el que contempla el cohecho pasivo que el activo; mucho menos, por supuesto, estaremos ante un ejercicio de cargo. Aceptando lo anterior (pese a que la cuestión del bien jurídico podría controvertirse), hay que aceptar también que una rígida lógica en la sistematización llevaría a la conclusión de que "ha de castigarse por separado y con independencia la conducta de los particulares y la de los funcionarios..." (362). Ahora bien, ello comportaría de inmediato la cuestión de en qué lugar del Código mejor que en éste se situaría el cohecho activo; la respuesta se contempla en los mismos términos en que RODRIGUEZ DEVESA sitúa el problema: "razones prácticas" parecen aconsejar que "se recojan en un mismo capítulo (363).

K) La malversación de caudales públicos suscita la única duda, a los efectos de este estudio, de si en el artículo 399 encontramos o no concurrentes las mencionadas tres características. A COBO (364), este artículo le sugiere - "idéntico comentario" que el que le merece el 372, y, en consecuencia, da una contestación negativa a la aludida

(362) RODRIGUEZ DEVESA ob. cit. pg. 1034

(363) ob. cit. pg. 1035

(364) COBO. "Exámen crítico..." cit. pg. 249

cuestión. Muy otra es, en cambio, la opinión de SUAREZ MONTES, para quién "por virtud de este precepto son equiparados en pena supuestos que parecen esencialmente distintos entre sí como es la realización de los tipos de la malversación por un funcionario público sobre caudales públicos y la realización de esos mismos tipos por un particular sobre caudales particulares. Este segundo supuesto, que se ofrece entre otros casos en el del depositario, administrador de bienes de particulares embargados, secuestrados o depositados, parece antitético del primero. Sin perjuicio del reconocimiento del interés objetivo de los bienes referidos en el artículo 399, el destaque, en la estructura del delito, de la infracción de un deber jurídico-público ajeno a ciertas funciones sociales, tiende una especie de puente entre las dos clases de malversación. El aludido contraste no es tan violento como pudiera parecer. Pues, de una parte, la función jurídico-social que desempeña el depositario o administrador de bienes embargados, secuestrados o depositados, no difiere sustancialmente de la función pública propia de un funcionario; de otra, el derecho penal, vinculado siempre a la realidad, no tiene por qué supeditar siempre sus conceptos a los que rigen en el orden administrativo, como lo demuestra el artículo 119. Nada impide, por ello, que este mismo concepto sea aún más descargado, en armonía con las conveniencias de la materia delictiva. Según ha declarado multitud de veces el Tribunal Supremo, la constitución del embargo y depósito de bienes por autoridad pública genera una relación jurídica con carácter de función pública que confiere al depositario para tales efectos la consideración de funcionario público, y a los bienes, hasta entonces de propiedad particular, la condición de caudales públicos" (365). Por mi parte, participo, en

(365) "El delito de malversación de caudales públicos" en R.G.L.J. junio-1966, no. 6, segunda época-Tomo LII (220 de la colección), pgs. 868 i.f. y 869.

términos generales, de esta segunda postura que viene a demostrar la correcta situación del artículo de referencia dentro del Título VII.

L) Por lo que a los fraudes y exacciones ilegales se refiere, ni el artículo 400, ni el 401 párrafo 1o. ofrecen resistencia a la concurrencia de las tres características de referencia. No ocurre lo mismo, en cambio, en relación con el párrafo 2o. del artículo 401, y con el artículo 403.

Respecto al primero de ellos, comparto el criterio de GROIZARD (366) según el cual "ni los peritos, ni los árbitros, cuando no son designados por los Tribunales o autoridad competente, ejercen funciones públicas, ni los contadores particulares, ni los tutores, curadores y albaceas, pueden ser considerados como tales". Estos, al realizar las conductas descritas, "ciertamente realizan un acto vituperable digno de castigo; pero es un error científico el sacar de ésto como consecuencia legal que la especie de delito que cometen reúne las condiciones típicas necesarias para pertenecer a aquella clase de hechos que se caracterizan por atentados y faltas contra la fé pública a consecuencia del abuso que de las funciones públicas que ejercen pueden hacer los empleados a quienes la ley o las autoridades legítimas las confieren. En otro lugar del Código, no aquí, tales abusos deben ser reprimidos..."

En cuanto al artículo 403, la doctrina se divide, como resalta RODRIGUEZ DEVESA (367), entre "quienes opinan que no estamos ante una figura independiente de delito, sino en presencia de una agravación de la pena señalada para los delitos de estafa, otros engaños y la apropiación

(366) GROIZARD. "El Código Penal..." T.IV, cit.pg. 339

(367) RODRIGUEZ DEVESA. "Parte Especial" cit. pg. 1060. V. en este mismo lugar la opinión de los diferentes autores y la del propio RODRIGUEZ DEVESA.

indebida", que es la tesis mayoritaria, y "un número reducido de autores (que) entiende que hay algo más que una causa de agravación, puesto que constituye una serie de delitos independientes con base en los citados". La cuestión es trascendente para los fines de este estudio porque, si bien es cierto que en ambos casos existen dos características comunes (el sujeto activo funcionario público y la necesidad de que la acción se realice abusando del cargo, es decir, mal usando la participación que tal sujeto tiene del ejercicio de las funciones públicas), a su vez coincidentes con dos de aquellas tres cuya concurrencia o no en estos delitos estamos tratando de determinar, no es menos cierto que al plantearse la alternativa entre una especie de, por ejemplo, la estafa, y una clase de delito distinto, ésto es, un delito sui generis, en el primer caso, el bien jurídico prevalentemente protegido será el que con los delitos de estafa se protege, mientras que en el segundo contemplándose también dicho bien jurídico, el delito se construye atendiendo preferentemente al ataque a la función pública que la realización de la conducta descrita comporta. En el primer caso, la pretensión se limitaría a castigar más gravemente la estafa en atención al doble factor de la especial cualidad del sujeto (funcionario público) y de la peculiar forma de comisión del hecho (abusando del cargo) (368). Mien-

(368) Fuera de ésta, quedan todavía dos hipótesis de comisión por funcionario público (v. en este sentido: GROIZARD. "El Código Penal..." T.I. 2a. edición corregida y aumentada, Madrid, 1902, pg. 469), cuando éste interviene como particular, sin que entre para nada en consideración, a efectos penales, su condición de funcionario, y cuando interviene no abusando de su cargo sino prevaleciéndose de su carácter público (agravante 10a. del artículo 10), ya que no es lo mismo una cosa que la otra pues como correctamente resalta RODRIGUEZ MOURU - LLO: "si bien todo abuso de función implica un prevalimiento del carácter, no todo prevalimiento del carácter implica un abuso de función" ("Comen

tras que, en el segundo caso, se castigarían determinadas conductas defraudatorias del funcionario público en el ejercicio de su cargo por lo que tienen de ataque a la función pública, aparte de conculcar valores patrimoniales, al igual que se castigan conductas atentatorias contra la función pública que, a su vez, afectan a la "honestidad" (artículo 383 y 384). En mi opinión, ésta es la postura defendible: estamos ante un delito *sui generis*. Y no es dato desdeñable a favor de ello el que el delito se encuentra en un Título diferente: como indica RODRIGUEZ DEVESA (369), éste ser un delito distinto, encuentra expresión en la técnica legislativa de dos maneras: llevando el delictum sui generis a un capítulo e incluso a un título diferente, y dándole un nomen iuris que evite todo parentesco o confusión con el tipo aparentemente básico... Esta técnica es sumamente empleada por las leyes penales que evolucionan partiendo de una realidad psicológica y

... tarios al Código Penal", T.I. (Artículos 1-22), por Juan CORDOBA y Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO, Barcelona, Ediciones Ariel 1977, pg. 672). En el mismo sentido, v. RODRIGUEZ DEVESA ("Parte Especial" cit. pg. 1062: "si bien todo abuso del cargo por parte de un funcionario público es prevalerse del carácter público que tenga el culpable, no siempre que se dé esta circunstancia habrá abuso de cargo"). En la doctrina histórica, distinguen también el prevalimiento del carácter público del abuso del cargo, además del ya citado GROIZARD (ob. cit. pg. 470), ALVAREZ y VIZMANOS (Tomás Ma. ALVAREZ y Ciri lo VIZMANOS. "Comentarios al Código Penal" vol. I. Madrid 1848, pg. 140) y CASTRO y ORTIZ DE ZUÑIGA "Código Penal explicado..." cit., pg. 92.

(369) RODRIGUEZ DEVESA. "Derecho Penal Español. Parte General", 5a. ed. Madrid, 1976, pg. 162; el subrayado en el original.

sociológica en sus valoraciones. Así, y ésto no ha sido advertido en nuestra literatura y tampoco en la extranjera, el legislador acude con frecuencia a esta técnica y no sólo en los delitos contra la vida..." Las dos maneras apuntadas encuentran reflejo en el caso que se considera: título distinto y nomen iuris ("fraudes y exacciones ilegales") diferente. En suma, acudiendo a un ejemplo, el artículo 403 cumple con respecto a la estafa, otros engaños y apropiación indebida, idéntica función que el homicidio del Jefe del Estado (artículo 142) en cuanto al homicidio (artículo 407), y precisamente, como se verá más adelante, por una razón paralela.

LL) Por último, las negociaciones prohibidas a los funcionarios reúnen las tres características que venimos comprobando.

M) En conclusión a todo lo anterior, se puede decir que el Título VII, su contenido en relación con su rúbrica, no tiene más deficiencias que las habituales en los demás títulos del código.

Nada insuperable, de entre lo acabado de tratar, impide que siga manteniéndose como hipótesis de trabajo que el bien jurídico protegido por los delitos contenidos en el Título VII, y, de entre ellos, la prevaricación prevista y penada en el artículo 358, es la función pública.

4. La función pública como bien jurídico y criterio de agrupación del Tít. VII. El doble cuestionamiento de la función pública como bien jurídico.

De este modo, la necesidad sentida por COBO (370) de

(370) COBO. "Examen crítico..." cit. pg. 255.

que "ha de sustituirse el Título VII del Libro II, por otro en el que se aluda a la comisión de las conductas delictivas con ocasión de la participación en el ejercicio de la función pública, o contra ella, por ser técnicamente incorrecta la agrupación de las figuras penales atendiendo a los sujetos activos del delito", se ve colmada sin que resulte preciso efectuar la operación de sustitución demandada por el autor.

Ahora bien, si ésto es así, ¿por qué es así?, y, lo que es más importante, si el legislador, la ley y la doctrina han llegado a la conclusión de que resulta necesaria una protección penal de la función pública, ¿resulta defendible igual concepción en el momento presente? (371).

Desde otra perspectiva, el propio COBO resalta cómo

-
- (371) Esta insatisfacción con el bien jurídico determinado (insatisfacción ya por el mero hecho de cuestionario) se justifica sobre la base de la necesidad de comprobar algo que, con extrema corrección, señala MIR: "el bien jurídico no lo decide el Derecho positivo, sino que, por el contrario, está llamado a limitar al legislador: bien jurídico será sólo aquello que merezca ser protegido por la ley penal" ("Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y Método", Barcelona, BOSCH Casa Editorial S.A., 1976, pg. 140; v. también pgs. 132 y ss.). En este sentido, v. Hans-Joachim RUDOLPHI ("Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutbegriffs" en "Festschrift für Richard M. Honig", Göttingen, Verlag Otto Schwartz & Co., 1970, pgs. 151-167): "el bien jurídico no sólo cumple una función teleológica de interpretación de los tipos penales, sino también una función limitadora del poder estatal, pues entenderlo únicamente en el primer sentido, como ratio legis, formal y abstractamente, implicaría una pérdida de su contenido material que le caracteriza como un concepto de características liberales, previo e independiente del derecho positivo, y que brinda al legislador criterios objetivos para la elaboración y crítica de las normas penales, cuya tarea es la de luchar contra las formas de conducta dañosas para la sociedad".

MALINVERNI, al terminar un estudio intitulado "Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio nel diritto penale" (372), hace la siguiente reflexión: "Quien se ha dedicado a este problema ciertamente ha conocido la singular impresión de tener entre las manos no conceptos, sino un quid que cambia continuamente de aspecto y, maliciosamente, juega a resultar inagarrable" (373). Por su parte, el autor español comenta sobre ello: "Compartimos plenamente el tono escéptico del autor citado, y mucho más cuando, de acuerdo con lo expuesto, hemos observado el papel desempeñado por la función pública dentro del concepto que le hace difícilmente encajable en una definición científica (374).

¿Qué es, pues, la función pública? ¿Cómo aclarar ese clima de inaprensibilidad destacado por la anterior doctrina?

(372) Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1951.

(373) Y continúa: "Las dificultades, como cabezas de una hidra, parecen volver a crecer y multiplicarse apenas cortadas. El pensamiento del estudioso que intenta encontrar definiciones capaces de ordenar este vasto, multiforme e inestable campo, a menudo no va separado de un sentimiento similar al desaliento". (ob. cit. pg. 131).

(374) COBO. "Examen crítico..." cit. pg. 254. DEL TORO mantiene que en lugar de acogernos a determinadas definiciones de función o función pública, que pecan de abstractas, "es más eficaz analizar la citada función pública referida a determinados organismos sociales normativamente regulados y que se hallan en situación de interdependencia", y señala que "la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al examinar el alcance de la función pública con arreglo al artículo 119, ha destacado primero la precisión de investigar, a efectos penales, las finalidades de los actos que deben considerarse constitutivos de la mencionada función. Dichas finalidades han de ser públicas -sentencias de 26 de junio de 1962, 2 de noviembre de 1965- esto es, proyectadas al bien común o interés general- sentencia

... de 19 de mayo de 1964- al interés colectivo -sentencias de 21 de mayo de 1949, 23 de diciembre de 1967- o social -sentencia de 2 de mayo de 1965". "Tal clase de interés o bienes- sigue diciendo- pueden satisfacerse directamente por órganos estatales como la administración central, la provincia o el municipio -sentencias de 26 de junio de 1962, 7 de mayo de 1963, 3 de julio de 1971; por servicios oficiales, intervenidos, organizados -sentencia de 1 de julio de 1964- o regulados -sentencia de 22 de septiembre de 1961- por el Estado: por institutos o servicios nacionales paraestatales -sentencias de 17 de mayo de 1945, 12 de diciembre de 1952, 28 de enero de 1955, 24 de junio de 1964, etc..., o por sindicatos o hermandades -sentencias de 12 de junio de 1947, 20 de diciembre de 1955, 28 de octubre de 1958, 10 de diciembre de 1960, etc..." ("Comentarios..." T. II.cit. pg. 732; los subrayados en el original). Más adelante, al hablar de la participación en el ejercicio de funciones públicas, dice que tal participación "supone, de una parte, una actividad de la persona que se orienta hacia determinadas finalidades; de otra, el que tales finalidades se correspondan con el bien común o con intereses generales, colectivos o sociales. La dificultad de determinar, en abstracto, la esfera de los mencionados intereses se mitiga con la posibilidad de acudir a la calidad pública del órgano de gestión que los persigue. Una dilatada jurisprudencia permite obtener buen número de principios, admisibles como reglas de interpretación, de los que, analógicamente, se derivan cuáles sean aquellas funciones- y sus órganos- que han sido admitidas como públicas a efectos del artículo 119. Merecen recordarse de manera principal las de Hacienda o Fomento de las actividades económicas centrales, provinciales y locales. La Sanidad e Higiene, la Enseñanza, la Justicia, las Comunicaciones, la Seguridad, la Agricultura y Abastecimientos, la Vivienda, la Religión y la Política, la Previsión, los Sindicatos, Cofradías y Hermandades (ob. cit. pgs. 739-740; el subrayado en el original).

Por su parte, MUÑOZ CONDE entiende que "la complejidad de la actividad administrativa y su ingerencia en el ámbito privado hace difícil conceptuar a veces lo que se entiende por función pública" (opinión que, si bien es cierta, de la fuerte sensación de que en ella el autor circunscribe la "función pública" exclusivamente a la administrativa, lo que, desde luego, no se compadece con el contenido del Título VII en estudio en el que, conductas como, por ejemplo, la prevaricación judicial o el cohecho, o no se refieren a dicha función, o no só

... lo a ella, sino que miran hacia, o también a, la ju
dicial). Dificultad que no obsta para que, a cont
nuación, sin citar, se afilie a la idea de que "Fun
ción pública es la proyectada al interés colectivo
o social, al bien común y realizada por órganos es-
tatales o paraestatales. Funciones públicas son
las actividades económicas centrales, provinciales
y locales, las sanitarias, comunicaciones, enseñan-
za, sindicales, etc..." ("Parte Especial"... cit.
pg. 655).

II. LA PROTECCION PENAL DE LA FUNCION PUBLICA HASTA LA ILUSTRACION.

Como punto de partida, podemos tomar de COBO la idea de que "se viene aceptando por función pública la diversa forma de manifestación de la actividad del Estado, o por mejor decir, la manifestación del poder público desde un punto de vista teológico, finalista. Es decir: la función pública se caracteriza, en cualquiera de sus manifestaciones, por su contenido final, al modo que expusiera ZANOBI NI, de que "el Estado procede a la consecución de sus fines por medio de una serie de actividades que constituyen sus funciones", que se proyecta en la triple dimensión legislativa, judicial y administrativa" (375).

Con ser un buen inicio, no es, sin embargo, todavía suficiente para contestar a todas las cuestiones antes indicadas. Para ello, resulta imprescindible una investigación sobre la evolución del reflejo de los conceptos planteados en el derecho penal (376).

(375) COBO. "Exámen crítico..." cit.pg.230 (el subrayado en el original). En el mismo sentido, v.al propio autor en "Del funcionario público..." cit.pg. 578.

(376) Aunque sólo fuera por la fundamental razón de que, como señala BARCELONA, "todo intento de autocomprensión y superación de la fase actual debe pasar necesariamente por el desarrollo de la génesis histórica de las categorías jurídicas y de los esquemas culturales dominantes. Es necesario, pues, reconducir las abstractas categorías dogmáticas, las concepciones de la ciencia jurídica, a aquellas relaciones histórico-materiales que las han originado" ("Prólogo" de "La formación del jurista (Capitalismo monopolístico y cultura jurídica)" por Pieter BARCELONA, Dieter HART y Ulrich MÜCKENBERGER, Traducción de Carlos Lasarte, Madrid, Editorial Civitas, 1.977, pg. 10; el subrayado es mío).

Por último, a una investigación de esta índole me he referido en distintas ocasiones del análisis precedente, como posible corroboradora de algunas de las ideas allí expresadas.

1. La función pública como objeto jurídico incardinado en la protección del Estado en el derecho histórico.

Si estamos tratando de unos supuestos delitos contra la función pública, y por esta se entiende "la diversa forma de manifestación de la actividad del Estado" nuestro campo de investigación se sitúa precisamente dentro de los llamados delitos contra el Estado. Se trata en un primer paso de ver como se singularizan dentro de ellos una clase de delitos: contra la función pública. Se impone, pues, partir de un momento en que se puede hablar de la existencia de una estructura estatal diferenciada.

TAGLIARINI, con un planteamiento similar, coloca tal punto de arranque en "la comunidad estatal romana" (377). Resalta este autor como la caracterización romana del Estado se concentra en "el concepto de "majestas" (soberanía), referido a la suprema autoridad del Estado (primero el rey, después el pueblo y el senado) y en los conceptos, que son parte integrante del primero, de "potestas" y "dignitas", mediante los cuales son cualificados los atributos de la soberanía; potestad y dignidad entendidos como poder de imperio, el uno, y como decoro, el otro, eran en la tradición estatal romana las connotaciones esenciales de la soberanía y todo acto que atentaba contra ellos era considerado como crimen de lesa majestad, tanto si menoscababa o paralizaba la potestad del imperio, cuanto si ofendía al decoro de la autoridad pública" (378).

(377) "Il concetto..." cit. , pgs. 35-36.

Surge así la noción de "crimina lesae majestatis" cuya expresión de más alta gravedad la constituyen los delitos de "perduellio" y "proditio", diferenciados según que el ataque al Estado fuera interior o exterior. Tales delitos, en función de que el concepto de "majestad" no es sólo jurídico sino también político y religioso, implican la comisión de sacrilegio. Al lado de estas formas más graves, se agrupan otra serie de delitos de lesa majestad; abuso y usurpación del erario público, corrupción de magistrados y funcionarios públicos, denegación de justicia... (379). He aquí, pues, localizados lo que hoy llamaríamos delitos contra la función pública, integrados en los delitos de lesa majestad, sin gozar por tanto de una auténtica autonomía.

-
- (378) "Il concetto... "cit. pgs.36-37. Sobre el paso de la ostentación de la "maiestas" del pueblo romano al emperador, v. Aquilino IGLESIA FERREIRO, "Historia de la traición. La traición regia en León y Castilla". Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago, 1.975, pgs. 24-25.
- (379) V. "Il concetto..." cit. pgs. 36-39; en el mismo sentido, v. Benito GUTIERREZ FERNANDEZ, "Exámen Histórico del Derecho Penal", Madrid, 1.866, pgs. 41-42. La indiscutible, pero frecuentemente olvidada, idea de la vinculación del derecho penal a la política, su variar al compás de ésta, que se refleja en las tipologías todas, pero singularmente en algunas de ellas entre las que se cuentan las de los funcionarios públicos o contra la función pública, es resaltada para el derecho romano, los "crimen maiestatis" y, entre éstos, los acabados de mencionar, por Carlo GIOFFREDI, "I Principi del Diritto Penale Romano", Torino, G. Giappichelli-Editore, 1.970, pgs. 35-36.

En definitiva, a través de sucesivas épocas, "vienen a confluír en la amplia noción de crímenes de lesa majestad tres órdenes de delitos... los crímenes de alta traición, los de lesa majestad en sentido propio y, en fin, los delitos contra los poderes públicos ... entendiéndose comprendidos entre los primeros, los crímenes dirigidos a alterar con actos violentos (guerra, revuelta, sedición, traición) la vida y el ordenamiento constitucional del Estado, entre los segundos, las injurias dirigidas a los sumos magistrados (cónsules, pretores, ediles, tribunos, etc...) o a las funciones desarrolladas por ellos y, entre los terceros, las acciones dirigidas a turbar al pacífico y regular ejercicio de las funciones públicas, dañando los recursos del Estado, alterando las decisiones de los magistrados y falsificando los actos provenientes de ellos" (380).

-
- (380) "Il concetto..." cit.pgs. 39-40. La conexión de los delitos "contra la administración pública", según la expresión del Código penal italiano, con los de lesa majestad, no es rara entre los autores de dicha nacionalidad: v. por ejemplo, Giuseppe SANTANIELLO, "Manuale di Diritto Penale", Milano, Dott.A. Giuffré Editore, 1.951, pg. 285. Respecto a la introducción del delito de traición en esta clasificación, v. la discrepante opinión de IGLE-SIA, para quien la traición fue desconocida por los romanos ("Historia de la traición... " cit., pg. 10).

Para el autor que vengo últimamente citando, la posterior evolución (trás la caída del imperio romano de occidente) de los delitos en estudio es prácticamente lineal hasta la mitad del siglo XVIII; algunas quebraduras en el camino son prontamente superadas para continuar después en la misma línea marcada para la época romana: los pueblos germánicos, que inicialmente separaban los delitos de alta traición ("que debían configurarse siempre en conductas de abierta guerra y rebelión contra el Estado") de los de lesa majestad ("que comprendían todas las demás ofensas al honor, la persona o incluso la vida del soberano"), bajo el influjo de la progresiva romanización, gradualmente subsumen ambos separados conceptos de delitos en el de lesa majestad, como también integran en él a los "distintos delitos dirigidos a lesionar las funciones públicas, dotados de una relevancia más genuinamente administrativa que política". Tampoco en la Baja Edad Media encuentran estos delitos contra la función pública autonomía propia: "solamente en el siglo XVI, como consecuencia de la división de los delitos de majestad en delitos de primer grado y delitos de segundo grado, fueron catalogados entre los de segundo grado, no siendo reconocible en ellos un abierto atentado a la seguridad y a la paz del Estado". Este esquema, es decir, la contemplación de los delitos contra la función pública dentro del ámbito de los de lesa majestad, permanece inalterado "hasta la segunda mitad del siglo XVIII cuando en algunos Estados europeos, sobre la huella de los movimientos iluministas y de la tendencia a la codificación, fueron radicalmente abandonadas las normas y las costumbres del derecho común.... A los primeros ejemplos de legislación orgánica sigue a continuación un vasto movimiento de codificación... en el que los delitos referentes a la administración pública van poco a poco asumiendo una cada vez mayor autonomía y uni

forme colocación, si bien bajo títulos y formas diversas en los varios códigos" (381).

Sobre parecerme un exámen demasiado superficial por lo rápido, y falto de auténticos datos justificados de las conclusiones, entiendo que el autor no valora debidamente dos hechos que él mismo señala, resaltándolos incidentalmente: en primer término, que los pueblos germánicos, cuando acaban por integrar los delitos contra las funciones públicas en los de lesa majestad, lo hacen dotándoles de "una relevancia más genuinamente administrativa que política"; en segundo lugar, que en el siglo XVI descienden un escalón en relación a los otros delitos de lesa majestad, clasificándose como de segundo grado, lo que comporta la nada ni mia consecuencia de no poder reconocer en ellos "un abierto atentado a la seguridad y a la paz del Estado" (382). Ambos datos evidencian una alteración en la óptica de exámen de los hechos delictivos en estudio, al atribuirles unos caracteres que, si bien no son de autonomía, los singularizan respecto de aquellos otros delitos más inmediatamente conexos al Estado, a su seguridad; en ello se puede detectar ya una referencia de estos delitos más que al Estado mismo, a su actividad (relación de segundo grado frente a la de primer grado o inmediata), si bien la idea no es clara por lo mismo que no se puede tampoco hablar claramente, en es ta época, de Estado. Lo que, sin duda, es evidente, es que la ruptura de la estructura estatal romana tiene que aparejar forzosamente variaciones en aquellos delitos montados precisamente sobre la consideración de tal estructura (383).

(381) TAGLIARINI, "Il concetto..." cit. pgs.40-42.

(382) V. más adelante, la distinción de DOU sobre los delitos de lesa majestad "in primo capite" e "in secundo capite", en España.

(383) Cfr. IGLESIAS. "Historia de la traición..." cit. pgs. 24 y ss.

2. CONFRONTACION DE LA CRITICADA CON LAS LEYES CASTELLANAS HISTORICAS.

Ciñéndome a España, y eludiendo de propósito (me limito a una tarea de comprobación en los principales y más accesibles textos legales de la época) el intentar un auténtico análisis histórico del lapso de tiempo que abarca desde la caída del imperio romano de occidente hasta el fin de la llamada Edad Moderna (384), entiendo que la ruptura con el sistema romano aparece diáfana en la llamada época visigoda.

En efecto, cuando los germanos llegan a la península, los hispanorromanos están ya insertos en un proceso gradual de desvinculación del poder del Estado romano. Tal proceso, unido a la paulatina desaparición de una civilización de ciudades que garantizaba la relación política entre súbdito y emperador, sume a aquél en un completo aislamiento, enfrentado a un clima de arbitrariedad e injusticia, y afectado por una legislación confusa, cambiante y, en cualquier caso, opresiva. Ante ello, el hombre de los siglos IV y V reacciona refugiándose en una serie de solidaridades personales, de relaciones privadas, que subvierten el esquema político-social del Imperio romano. El vacío de poder del Estado es aprovechado por el gran propietario, que pasa a ser señor de hombre y tierras. Sobre esta sociedad hispanorromana, caracterizada por la desaparición de grupos sociales intermedios (comerciantes, artesanos etc..) y por una progresiva encomendación de una parte creciente de la población a una minoría dominadora de propietarios terratenientes, se produce la inserción de la población

(384) Dados los peligros de prejuicios, trivialización y no correcto manejo de los datos, evidentes para quien no se dedica a la historia (al margen de que la extensión de una tal investigación superaría toda prudencia en un trabajo de la índole del presente).

visigoda y su paulatina fusión (385).

En un tal contexto, y en su continuación (hasta 711: invasión musulmana), la evolución política del Estado visigodo se caracteriza por tres procesos simultáneos: "Una identificación del pueblo visigodo con el espacio territorial de la Península; una escalada de la nobleza territorial hacia la conquista del control del Estado... y una feudalización progresiva de la sociedad basada en la degradación paulatina de los mecanismos del sistema de poder romano, que favorece (en todos los órdenes de la administración de la comunidad peninsular) una privatización de los recursos antiguamente públicos y una sustitución de la vieja norma jurídica general por las costumbres de gobierno y administración que, en cada una de las células en que se rompe el espacio socio-político, crea el poder inmediato" (386). Es natural, pues, que, como consecuencia de esta evolución, los delitos cometidos por los "funcionarios públicos" varíen de caracterización, segregándose ya de aquellos que suponen un ataque frontal a la contextura del Estado, y orientándose más bien hacia la deslealtad al señor, a cuya arbitaria merced quedan las más de las veces, sin que la ley prevea específicamente los diversos casos.

El "Fuero Juzgo" es buena muestra de ello; separados de los que se podrían llamar delitos de lesa majestad (que

(385) Cfr. José Antonio GARCIA DE CORTAZAR. "La época medieval". Tomo II, 2^a ed., de la "Historia de España Alfaguara", dirigida por Miguel ARTOLA, Madrid, Alianza Editorial-Alfaguara, 1.974, pgs.20-23.

(386) GARCIA DE CORTAZAR, "La época medieval", cit., pgs.28 y ss.

en este cuerpo legal no aparecen unitariamente y bajo este nombre recogidos, sino dispersos y, sólo a veces, implícitamente informados del espíritu que anima tal clasificación) (387), en muy contadas ocasiones hace referencia a tales hechos: así, las Leyes XVIII, XIX y XX del Libro II, Título I, referidas a prevaricaciones y cohechos judiciales (388), lo mismo que la Ley V, Libro VII. Título IV (389) o la Ley III de iguales Libro y Título, referida a la custodia de presos (390) (391).

En la Edad Media se va a operar lentamente un cambio en la situación acabada de aludir y, en cierta medida, una aproximación a la anterior a ella porque, en efecto, como resalta VILLAPALOS, siguiendo a CALASSO, la Edad Media puede ser considerada como la "aetas jurídica restauradora del venerable ordo orbis del mundo antiguo y forjadora de otras formas distintas"; afirmación que resulta especialmente acertada referida a la Baja Edad Media,

-
- (387) Benito GUTIERREZ ("Exámen histórico..."cit.pgs.107-108), clasifica la prevaricación judicial, que aparece en el Fuero Juzgo en la L.XIX del Título I del Lib. II, entre los "Delitos contra la seguridad pública". Tal criterio es del autor, revelando la mentalidad de la época en que escribe su obra, no la Ley visigoda, que no da ningún punto de apoyo en qué sustentarlo.
- (388) Para éste, como para los demás textos legales antiguos hasta la Novísima Recopilación incluída, manejo la obra de Marcelo MARTINEZ ALCUBILLA, "Códigos Antiguos de España (Colección completa de todos los códigos de España, desde el Fuero Juzgo hasta la Novísima Recopilación)", 2 vols., Madrid, 1.885-6. Para las Leyes acabadas de citar en el texto, v. en ALCUBILLA, vol. I, pg. 17.
- (389) Apud. ALCUBILLA, vol.I,pg.48.
- (390) Apud. ALCUBILLA, vol. I pg.48.
- (391) V. la Ley II, del Lib.XII, Tit.I, que se refiere en general a la "organización funcional" de la época: apud. ALCUBILLA, vol. I,pg.62. Sobre la evolución del "crimen maiestatis" entre godos y visigodos, V.IGLESIA, "Historia de la traición..."cit.pgs.25-81, en particular, el papel

....

período en el que se operan sustanciales cambios de rumbo en las concepciones del Derecho anunciando de la nueva ratio jurídico-política que no se manifestará plenamente hasta el siglo XVI. Estos cambios, sin embargo, se aceleran a partir del siglo XIII, siglo en el que el Estado emerge "como categoría política con sustantividad propia, que empieza su "proceso de secularización" despojándose lentamente de las categorías teológicas y morales" (392). Sobre este "Estado" se tiene una concepción orgánica (393), y una parte de ese cuerpo es una emergente organización funcionarial (394): el rey "aparece como centro del reino. El es la cabeza y el corazón de un cuerpo en el que los súbditos son los miembros, es aún más, el alma misma del pueblo. Al mismo tiempo personifica toda potestad de gobierno. A su lado se mueven unos órganos, unos oficiales que son sus consejeros o ejecutores, sus "brazos", que asisten al rey en el ejercicio del gobierno" (395).

(...) que desempeña la fidelidad en el lugar de la majestad.

(392) Gustavo VILLAPALOS, "Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja Edad Media. Su evolución histórica en el reino castellano (1.252-1.504)", Madrid Publicaciones de la Escuela Nacional de Administración Pública, 1.976, pg.17.

(393) V. Fuero Real, Lib.I, Tit.II, Ley II (apud. ALCUBILLA, vol.I, pg.106) y Partidas, Partida II, Tit.I, Ley V (apud. ALCUBILLA, vol. I, pg. 285).

(394) V. Partidas, Partida II, Título IX, Ley I y ss. (apud. ALCUBILLA, vol.I, pgs.297 y Sgs.)

(395) VILLAPALOS, "Los recursos.... "cit. pg.18.

Correlativamente a este esquema, hay también un nuevo planteamiento jurídico del que interesa destacar los siguientes rasgos que entresaco de la exposición de VILLA PALOS: 1º) el rey va siendo progresivamente valorado como un administrador del reino que ha de obrar en el ejercicio de su poder con sujeción a la legalidad, pudiéndose impugnar aquellos actos reales que lesionaren un derecho o un interés del súbdito a través del recurso extraordinario de "suplicación", que había de presentarse ante el mismo rey para que revisase lo mal hecho (este sumisión del rey a la legalidad no es sino consecuencia de la progresiva extensión del régimen jurídico-público, que cada vez regulaba nuevos aspectos, limitando la discrecionalidad del poder); 2º) los oficiales, por su parte, dejan de ser puros mandatarios reales, pasando a atribuírseles una esfera de competencia propia y definida, al tiempo que se procura, cada vez más, responsabilizarles personalmente a ellos de sus actos, independientemente del rey. Este proceso de imputación personal se aprecia claramente hacia mediados del siglo XIV: las largas y turbulentas minorías de edad de Fernando IV y Alfonso XI provocaron en estado de anarquía que hizo ver clara la necesidad de establecer un riguroso régimen de responsabilidad por los actos de los funcionarios negligentes o de los que hubieran usado mal del oficio; "control del uso de los oficios" que el rey se reservaba sobre los oficiales de mayor rango, cuya negligencia, si bien no podía ser castigada "de la pena ordinaria", si en cambio podía merecer una "pena extraordinaria" (Leyes de Estilo LXIII) (396).

El derecho penal, como se vé, se inserta en este planteamiento jurídico u coadyuva eficazmente al mantenimiento del esquema político reproducido. Los delitos de

(396) Cfr. VILLAPALOS, "Los recursos...."cit., pgs. 18-34.

lesa majestad surgen potentemente, en consecuencia, para reprimir cualquier intento de los "miembros" del cuerpo social contra el "corazón" y "cabeza" del mismo: el Fuero Real (Libro I, Títulos II y III y Libro IV, Título IV, Ley XXI (397) y las Partidas (Partida 7^a Título II (398), contienen un extenso elenco de estos delitos severísimamente castigados.

Los "brazos" deben actuar conforme ordena la "cabeza"; caso contrario, existe una amplia gama de delitos que los castigan. Dicho de otra manera, el "ejercicio del gobierno" (entendido como la total actividad del Estado: legislar, juzgar y administrar (399) es desempeñado por el rey a través de sus "oficiales"; como consecuencia, éstos deben actuar de acuerdo con lo preceptuado por aquél. Cuando no lo hacen así, en una gran cantidad de casos incurren en delito.

Con estos delitos se quiere proteger, pues, la actividad del "Estado" (no al "Estado" directamente), la "función pública", en cuanto se castiga su desempeño en contra de la voluntad estatal (real). La proximidad a los delitos de lesa majestad es clara, pero también lo es su dife-

(397) Apud. ALCUBILLA, vol.I. pgs.105-106 y 135 respectivamente.

(398) Dónde, pese a que la rúbrica sea "De las trayciones", se utilizan los términos "Laesae maiestatis crimen" (Ley I); apud. ALCUBILLA, vol, I pgs. 619 y ss.

(399) V. en este sentido, las Partidas, Partida I, Tit.I, Ley XII (apud. ALCUBILLA, vol. I pg.198) y Partida segunda, Tit.I, en general, y, en particular, Leyes II, III, y VII (apud. ALCUBILLA, vol.I, pgs. 284 y ss.)

rencia (400).

No obstante, a este ataque no inmediato al "Estado" se suma, como idea subordinada pero resaltada, un ataque a la comunidad, al servicio que, a través del desempeño de la actividad estatal, le prestan los funcionarios. También, pues, un correcto servicio a la comunidad resul-

-
- (400) Un vínculo de unión con los delitos de lesa majestad mucho más fuerte que en éstos, se puede detectar, en sede de bien jurídico, en los delitos contra los funcionarios. Estos delitos no se encuadran entre los de lesa majestad (lo que demuestra que no se entienden insertados los "oficiales" en el "Estado") salvo en su más grave forma (Partida 7ª, Tit.II, Ley I, octava: apud. ALCUBILLA, vol.I, pg.619), pero su proximidad es tan grande como muestra la frase que abre la introducción al Tit. XVI de la Partida 2ª: "Guardade non podría ser la cosa complidamente segund que conuiene, si non fuessen guardadas, aquellas otras que la guardan. Onde...el pueblo... ha otrosí de guardar los otros que son cerca del rey, viviendo con él cotidianamente por officios que tienen con que le han de servir...", o la misma rúbrica de dicho Título: "Como el pueblo deue guardar al Rey en sus oficiales e en su corte, e los que vienen a ella" (apud. ALCUBILLA, vol.I, pg.317). V. también Partida 3ª, Tit. XX, Ley V, 2ª parte de la Ley (apud. ALCUBILLA, vol. I, pg.446). Las Leyes de Estilo ya preven algunos de estos supuestos (Leyes 142 y 143: apud. ALCUBILLA, vol.I, pg.163), pero no hacen la vinculación acabada señalar en las partidas; a partir de éstas, el Ordenamiento de Alcalá da un más completo elenco de tales delitos en el Tit.XX, Leyes X, XI, XII, XIII, y XIV (apud. ALCUBILLA, vol.I, pgs.694-695). Algún supuesto de delitos de funcionarios se encuentra, sin embargo, recogido entre los de lesa majestad, así, la violación de secretos del rey por el escribano de la partida 2ª, Tit.IX, Ley VIII (apud. ALCUBILLA, vol.I, pg.299), la prolongación de funciones de la Partida 7ª, Tit.II, Ley I, dozena forma de trayción (apud. ALCUBILLA, vol.I, pg.619) y la también prolongación de funciones prevista en el Ordenamiento de Alcalá, Tit. XXXII, Ley V, sexta forma de trayción, 1ª parte (apud. ALCUBILLA, vol.I, pg.703); son, no obstante, como se vé, casos aislados, reminiscentes de la época antigua y precursores de una auténtica monarquía absoluta.

ta protegido con la existencia de los delitos de funcionarios (401). Base para esta afirmación se encuentra en las Leyes para los Adelantados Mayores (Ley I (402) y en las Partidas (Partida 2ª, Título IX, Ley I (403).

La importancia de la nueva orientación de la materia cuaja, en los cuerpos legales del período, en un extenso repertorio de los que hoy llama la ley "delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos". Así, el Fuero Real castiga la Prevaricación en el Libro I, Título VII, Ley VIII (404) y, junto con el cohecho, en el Libro II, Título II, Ley II (405); la de abogados, en el Libro I, Título, Ley III (406); y la de procuradores, en el Libro I, Título X, Ley XVII (407). Las Leyes de Estilo, junto a la general posibilidad de que el rey mande "pesquisas" cuando el "oficial usa mal del oficio", contenida en la Ley 55 (408), prevé un específico supuesto de infidelidad en la custodia de presos en la Ley 111 (409); un también específico abuso de oficio por el algu-

-
- (401) La cuestión no es baladí, pues muestra que todavía no estamos ante la auténtica monarquía absoluta.
 - (402) Apud. ALCUBILLA, vol.I,pg.175; aunque la conexión con el Rey es mucho más intensa, como muestra esta misma Ley y la III (ob.y pg.ci.).
 - (403) Apud. ALCUBILLA, vol.I,pg.297, aunque la conexión al Rey es, también aquí, mucho más intensa, como lo muestra esta Ley y la XXVI (ob.cit.pg.303).
 - (404) Apud. ALCUBILLA, vol.I,pg.108.
 - (405) Apud. ALCUBILLA, vol.I,pg.112.
 - (406) Apud. ALCUBILLA, vol.I,pg.109.
 - (407) Apud. ALCUBILLA, vol.I,pg.110.
 - (408) Apud. ALCUBILLA, vol.I,pg.155.
 - (409) Apud. ALCUBILLA, vol.I,pg.160.

cil en la Ley 132 (410); los hurtos con abuso de oficio, prácticamente iguales a hurtos domésticos, sobre las cosas del rey en la Ley 145 (411); una apropiación indebida por alcalde abusando del oficio en la Ley 147 (412); y un tipo específico de prevaricación de alcalde en la Ley 174 (413). Las Partidas contienen el más amplio repertorio de estos delitos de entre las leyes de la época: a más de los supuestos, ya señalados, de violación de secretos reales por el escribano, equiparado a traición (lesa majestad) de la Partida 2ª, Título IX, Ley VIII (414) y de prolongación de funciones, también equiparado a traición, de la Partida 7ª, Título II, Ley I, dozena (415), se prevén los siguientes supuestos: prevaricación y cohecho pasivo en la Partida 3ª, Título XXII, Leyes XXIV y XXV (416); cohecho activo y pasivo, en igual Partida y Título, Leyes XXVI y XXVII (417); uno específico de prevaricación en la Partida 7ª, Título VIII, Ley XI (418); Prevaricación de juez y abogado e Infidelidad en la custodia de documentos-Violación de secretos de juez y escribano y cohecho acti-

-
- (410) Apud. ALCUBILLA, vol.I,pg.162.
- (411) Apud. ALCUBILLA, vol.I,pg.164.
- (412) Apud. ALCUBILLA, vol.I,pg.164.
- (413) Apud. ALCUBILLA, vol.I,pg.166.
- (414) Apud. ALCUBILLA, vol.I,pg.299. La obligación de secreto en esta materia se señala para todos los "oficiales" en las distintas Leyes de este Tit. IX de la Partida 2ª.
- (415) Apud. ALCUBILLA, vol.I,pg.619.
- (416) Apud. ALCUBILLA, vol.I,pgs.454-455.
- (417) Apud. ALCUBILLA, vol.I,pg.455.
- (418) Apud. ALCUBILLA, vol.I,pg.627.

vo, en la Partida 7^a, Título VII, Ley I (419); Prevaricación de abogados, en la Partida 3^a, Título VI, Ley XV (420); Infidelidad en la custodia de presos, en la Partida 7^a, Título XXIX, Ley XII (421); Malversación, en la Partida 7^a, Título XIV, Ley XIV (422); uno específico de Exacción ilegal, en la Partida 3^a, Título XX, Ley V, 1^a parte (423); y, Negociaciones prohibidas a los funcionarios, en la Partida 5^a, Título V, Ley V (424). Por último, también el Ordenamiento de Alcalá recoge alguno de este tipo de delitos: así, la ya mentada prolongación de funciones, situada entre los delitos de lesa majestad (traición) en el Título XXXII, Ley V, sexta (425); Violación de secretos, prevaricación y cohecho, de jueces, en el Título XXXII, Ley XLIV (426); cohecho (pasivo), en el Título XX, Ley I (427); Desobediencia, en el Título XX, Ley IV (428); Infidelidad en la custodia de presos, en el Título XX, Ley V (429); y una regla de extensión de los tres últimos supuestos citados a otros oficiales, en el Título XX, Leyes VII y VIII (430).

-
- (419) Situados entre las falsedades: apud. ALCUBILLA, vol. I, pg.624.
- (420) Apud. ALCUBILLA, vol.I,pg.393.
- (421) Apud. ALCUBILLA, vol.I,pg.657.
- (422) Apud. ALCUBILLA, vol.I,pg.637.
- (423) Apud. ALCUBILLA, vol.I,pg.446.
- (424) Apud. ALCUBILLA, vol.I,pgs.527-528.
- (425) Apud. ALCUBILLA, vol.I,pg.703.
- (426) Apud. ALCUBILLA, vol.I,pg.710.
- (427) Apud. ALCUBILLA, vol.I,pg.693.
- (428) Apud. ALCUBILLA, vol.I,pg.693.
- (429) Apud. ALCUBILLA, vol.I,pgs.693-694.
- (430) Apud. ALCUBILLA, vol.I,pg.694.

En la llamada Edad Moderna, asistimos al paulatino desarrollo de las bases sentadas en la Edad Media, especialmente a finales de ésta, en orden a la instauración definitiva de la monarquía absoluta. Se va a ir configurando el concepto de Estado; como señala DOMINGUEZ ORTIZ (431), "a nosotros, hombres del siglo XX, que vivimos inmersos en un Estado omnipotente, nos resulta difícil reconstruir una situación en que el Poder era compartido. Sin embargo, a partir del siglo XVI el esfuerzo requerido es mucho menor que para los siglos anteriores, porque ya entonces la autoridad real había hecho tales progresos que prefiguraba lo que llamamos Estado moderno, con sus múltiples y soberanas atribuciones".

En España, para llegar a ello, es necesario todavía atravesar toda la época de los Austrias, pues si bien estos habían heredado una autoridad real que, en teoría, lo abarcaba todo o casi todo, la insuficiencia de medios para ejercerla les obligó a transigir con una serie de poderes intermedios, de los que era difícil señalar hasta qué punto eran autónomos y hasta qué punto se habían convertido en meros agentes del poder real; en cambio, en la Época de los Borbones, esto ya es evidente (432). En efecto, "al finalizar el siglo XVII, seguía vigente, en España, la separación entre el Estado y la persona del monarca. Con la proclamación de Felipe V como rey de España, comenzó a perfilarse la tendencia a concentrar, en forma absoluta, el poder político en la persona del rey. De ahí la

(431) Antonio DOMINGUEZ ORTIZ, "El Antiguo Régimen: Los Reyes Católicos y los Austrias", Tomo III, 2ª ed., de la "Historia de España Alfaguara" cit., Madrid 1.974, pg.194.

(432) Cfr. DOMINGUEZ ORTIZ, "El Antiguo Régimen..." cit. pg.194.

identificación entre Estado y persona y soberanía del monarca, hasta el punto de que el Estado, en su dimensión territorial y en su población, era considerado como un dominio del rey. En consecuencia, se confundían los fines del Estado con los de la monarquía y los intereses dinásticos se anteponían a los de la comunidad política"(433).

El Estado moderno tiene un carácter empresarial. En el caso del Estado absoluto, ello implica el sometimiento de los súbditos, por voluntad del monarca, a los intereses de quienes detentan el poder. Para llevar a cabo esta operación de subordinación, se instrumentan medios que ejerzan profunda influencia sobre el destino humano, tales como los de instruir a la gente para determinadas acciones y abstenciones, naciendo así un aspecto administrativo en gran escala (434). Según NIETO, "la expansión de funciones del Estado moderno provocó un aumento prodigioso del número de sus servidores, quienes precisaban, además, en muchos casos de una formación profesional muy elevada, en consonancia con la creciente complicación de sus tareas" (435). La cuestión tiene un obvio interés a

(433) Gonzalo ANES, "El Antiguo Régimen: Los Borbones", Tomo IV de la "Historia de España Alfaguara", cit., Madrid 1.975, pg. 297.

No hay que dejarse engañar, sin embargo, por esta imagen diferenciadora de las épocas de dominio de cada una de las dos sucesivas dinastías, sino entenderla dentro de una dinámica no cortada sino en evolución lógica, pues, si bien en la primera "La Corona no gobernó directamente más que un pequeño sector, nunca dejó de afirmar su derecho a la totalidad, y en cuanto dispuso de los instrumentos necesarios emprendió el camino que llevaba de la Monarquía paccionada de los Austrias a la plenamente absoluta de los Borbones" (DOMINGUEZ ORTIZ, "El Antiguo Régimen..." cit., pg. 212).

(434) Cfr. Werner SOMBART, "El burgués (Contribución a la historia espiritual del hombre económico moderno)", Madrid, Alianza Editorial, 1.972, pg. 73.

(435) Alejandro NIETO, "Problemas capitales del Derecho disciplinario", en R.A.P. n°63, septiembre-diciembre 1.970, pg.44.

los efectos de la presente investigación. Ahora bien, de la misma manera que no se puede hablar, como ya se ha resaltado, de un mismo concepto de Estado en la España de los Austrias que en la de los Borbones, sino de una evolución desde aquellos a éstos en el camino hacia el Estado absoluto (436), tampoco se puede hablar de un repentino surgir de una poderosa organización funcional sino de una paulatina configuración y crecimiento de ésta; y, así, mientras en la época de los Austrias "los reyes.. intervenían en todos los aspectos de la vida mediante una burocracia reducidísima" (437), en la época borbónica

(436) "En el siglo XVII -dice DOMINGUEZ ORTIZ ("El Antiguo Régimen.." cit., pgs. 212-213)-, incluso los más cultos tenían dificultad para representarse claramente ese concepto que para el hombre actual es tan obvio: el Estado. Existía la palabra, pero no se usaba sólo, sino adjetivada en expresiones como Consejo de Estado, Razón de Estado... Designaba lo supremo del Poder, más bien en relación con otros poderes. No se identificaba con la abstracta soberanía de un pueblo enmarcado en un territorio. No se identificaba tampoco con el gobierno ni con el rey; el Poder real, en un grado de abstracción, era la Corona; y en sentido sublime, como de Imperio Universal, la Monarquía, expresión muy frecuente en la literatura de la época".

(437) DOMINGUEZ ORTIZ; "El Antiguo Régimen..." cit., pg. 217; este mismo autor continúa diciendo: "Es verdad que, en comparación con los cuadros esquemáticos de la Baja Edad Media, heredados por los Reyes Católicos, los Austrias, sobre todo Felipe II, ampliaron los organismos gubernativos, hecho visible a partir de 1.567-70... El siglo XVII vió también un aumento de la burocracia fundamentalmente debido a dos factores: la creciente complicación del sistema recaudatorio de la Hacienda y la venta de gran número de cargos públicos, muchos de ellos superfluos. De esta manera se desnaturalizó aquel sistema que a una maravillosa economía de medios unía una notable eficacia. Esto se debía a que, como queda dicho, los reyes no administraban directamente más que muy reducidos sectores, limitándose para los demás a un derecho de inspección y control y utilizando ampliamente los poderes intermedios, tanto civiles como eclesiásticos. Felipe II nunca pagó directamente más de unos dos mil funcio

"la concentración del poder político en la persona del monarca exigió la creación de órganos auxiliares de gobierno en los que se integraban numerosos funcionarios encargados de efectuar las decisiones adoptadas por el rey, tanto en los consejos como en las contadurías y juntas, en las que una nube de oficiales y subalternos auxiliaban a los burocratas en las funciones administrativas" (438).

Este desarrollo del aparato administrativo tiene que tener un reflejo legal y, en efecto, la Novísima Recopilación abunda sobre el tema, especialmente en, nada menos, que tres de sus doce libros, los Libros III, IV y V. Correlativamente, también el derecho penal, en la materia que nos ocupa, se ve repercutido por el fenómeno y, así, en tales libros son frecuentes las referencias a conductas delictivas de los funcionarios públicos en relación a su actividad, siendo múltiples las figuras específicas de tales delitos: por ejemplo, sólo en el Título XVII del Libro III, se encuentran casos singulares de Prevaricación de funcionario (Ley I y Ley IV, nº8) (439), Exacción ilegal (Ley II, nº2 y 5) (440), Cohecho (Ley IV, nº9) (441), y Negociaciones prohibidas (Ley IV, nº10) (442);

.... narios, pero indirectamente todos los que tenían alguna autoridad eran funcionarios suyos, incluso los obispos" (vid.ob.cit. hasta pg. 219).

(438) ANES, "El Antiguo Régimen...." cit., pgs. 300-301. Cfr., situando el punto de arranque al principio del siglo XVI, y no sólo para España: Italo MEREU, "Storia del Diritto Penale nel 500" vol.I, Napoli, Morano Editore, 1.964, pgs. 170-174.

(439) Apud. ALCUBILLA, vol.II, pgs. 994-995.

(440) Apud. ALCUBILLA, vol.II, pg. 994.

(441) Apud. ALCUBILLA, vol.II, pg. 995.

(442) Apud. ALCUBILLA, vol.II, pg. 995.

el respeto al secreto es recordado a los funcionarios en numerosas ocasiones bajo amenaza de pena (Libro IV, Título II, Ley XII (443); Título III, Ley XV (444); Título X, Ley V (445); Título XXI, Ley III (446), y, junto a él, proliferan otras figuras como el Cohecho (Libro IV, Título II, Leyes IX y X (447); Título XXX, Ley XIII (448), y, Libro V, Título XXXIII, Ley I (449)), Prevaricación (Libro IV, Título III, Ley XV), Desobediencia (Libro IV, Título XXX, Ley VIII (450)), Exacción ilegal (Libro IV, Título XXX, Ley XXIV (451), y Libro V, Título XXXIII, Ley I), Negociaciones prohibidas (Libro V, Título XIV, Ley IV (454)) y Prevaricación de abogados (Libro V, Título XXII, Ley XII (453)).

Como punto de partida de este apartado de la investigación he aceptado, siguiendo a COBO, que la función pública viene a consistir en la actividad desarrollada por el Estado para la consecución de sus fines, actividad que se proyecta en la triple dimensión legislativa, ejecutiva y judicial. De los componentes de este concepto ya he señalado, siguiendo a ANES, que en la época del Estado

-
- (443) Apud. ALCUBILLA, vol. II, pgs. 1.032-1.033.
 - (444) Apud. ALCUBILLA, vol. II, pg. 1.037.
 - (445) Apud. ALCUBILLA, vol. II, pg. 1.054.
 - (446) Apud. ALCUBILLA, vol. II, pg. 1.074.
 - (447) Apud. ALCUBILLA, vol. II, pg. 1.032.
 - (448) Apud. ALCUBILLA, vol. II, pg. 1.093.
 - (449) Apud. ALCUBILLA, vol. II, pg. 1.172.
 - (450) Apud. ALCUBILLA, vol. II, pg. 1.092.
 - (451) Apud. ALCUBILLA, vol. II, pg. 1.094 y 1.162 respectivamente.
 - (452) Apud. ALCUBILLA, vol. II, pg. 1.141.
 - (453) Apud. ALCUBILLA, vol. II, pg. 1.149.

absoluto se confunden los fines del Estado con los de la monarquía; por lo que se refiere a las funciones, hay homogeneidad con esta afirmación pues, como dice este último autor (454). "el poder absoluto del rey llevó a concentrar en él el poder legislativo una vez reducidas las Cortes a meras servidoras de los deseos del monarca. En el plano gubernativo, el rey tenía facultades plenas para el gobierno y la administración y nombra a todos los funcionarios de la administración central y territorial. En el orden judicial, el rey era el juez supremo, que podía juzgar todas las causas, tanto civiles como criminales, siendo el real y supremo Consejo de Castilla el organismo encargado de la administración de justicia". Si ésto es así, el castigo de los ataques a la función pública provenientes de aquellos que la actúan, lo será en la medida en que impiden el logro de los fines perseguidos por el rey, o en la medida en que no se ajustan a la manera querida por el rey para la realización de las funciones. En todo caso, pues, encierran un ataque, más o menos directo, contra el Estado (que es el monarca). La proximidad a los delitos de lesa majestad es clara.

Sin embargo, no se integran (salvo alguna excepción muy específica: Novísima Recopilación, Libro XII, Título VII, Ley I, sexta, 1ª parte) en el catálogo que de éstos hace el texto legal acabado de mencionar(455), y ello pese a que, precisamente por el carácter ya autén

(454) ANES, "El Antiguo Régimen...", cit., pg. 301.

(455) Ley citada, y Lib. XII, Tit. VIII, Ley IV (apud. ALCUBILLA, vol. II, pgs. 1.859 y 1.860 respectivamente) y Título XI (apud. ALCUBILLA, vol. II, pgs. 1.866 y ss.; la rúbrica es "De los tumultos, asonadas y conmociones populares").

ticamente absoluto de la monarquía borbónica, tales delitos adquieran en la época una singular relevancia (456).

Probablemente es que no resultó necesario, porque eran suficientes las figuras heredadas con la añadidura de algunas específicas, derivadas de la complicación burocrática. Bastaba una orientación de las mismas hacia el objetivo vigente en el momento (voluntad del rey): en este sentido, no es en absoluto despreciable el dato, sino en mi opinión trascendente, de la completa ausencia de referencias al servicio de los funcionarios a la sociedad, detectada antes, en cambio, en la legislación bajomedieval. Hay que tener en cuenta, sobre este tema, la opinión de TOMAS Y VALIENTE (457) según la cual "la Monarquía absoluta, por instinto de conservación, incluso en tiempos del "ilustrado" Carlos III, mantuvo un sistema penal que ella entendía le servía de coraza protectora y de instrumento de fácil manejo para la represión de cualquier desobediencia contra el rey y su casi sagrada autoridad, así como de defensa de la estructura social sobre la que se apoyaba su poder. Por eso el absolutismo monárquico, factor común durante el teologismo del XVI, durante el barroco (momento cultural que no aporta nada nuevo al Derecho penal) y a lo largo del siglo XVIII, sostuvo la continuidad del sistema penal vigente, superando las diferencias ideológicas de cada siglo. Continuidad socio-política y continuidad jurídico-penal, son simultáneas e inseparables".

Por lo demás, a los ya citados supuestos de delitos de funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, hay que añadir, y en ellos se constata lo afirmado, los contenidos en el Libro XII ("De

(456) Como dice TOMAS Y VALIENTE, "una casi sacralización del rey, típica de un sistema de personalización absoluta del poder político en el monarca, se manifestará en el ámbito de los delitos de lesa majestad humana, expresión ésta, cuya última palabra sirve de puente que enlaza y separa al mismo tiempo estos delitos con los de lesa majestad divina" (Francisco TOMAS Y VALIENTE, "El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)" Madrid, Editorial Tecnos, 1969, pg.23). Más cercanos a ellos, aunque tampoco bajo el concepto, están, también ahora, los delitos contra los funcionarios (Libro XII, Título X: apud. ALCUBILLA, vol.II, pgs. 1.864 y ss.), sobre los que incidentalmente, en el específico tipo referido a los que matan o hieren, o lo intentan, a un correo, se dice que "los ministros públicos...en el ejercicio de sus cargos deben ser mirados y reverenciados como sagrados (Novis. Recop., Lib.III, Título XIII; apud. ALCUBILLA, vol. II, pg. 983)..

(457) "El Derecho Penal..." cit., pgs. 111-112.

los delitos y sus penas: y de los juicios criminales") de la Novísima Recopilación (458). Así: Prolongación de funciones en el Título VII, Ley I, sexta, 1ª parte (459); Malversación, en el Título XV, Ley VII (460); Prevaricación de jueces y escribanos, en el Título XXXII, Leyes I y III (461); el supuesto específico de prevaricación judicial de este mismo Título, Ley XVI (462); Negligencia y abuso de oficio por los jueces, en el Título XXXIV, Ley X (463); prevaricación judicial, en el mismo Título, Ley XIV, n° 3 (464); delitos de los funcionarios de la Hermandad "en sus oficios", en el Título XXXV, Ley XI (465); Infidelidad en la custodia de presos, en el Título XXXVIII, Ley XVIII (466) y Exacciones ilegales, en el Título XLI, Ley I (467) (467 bis).

-
- (458) En el libro XI, Tit. I Ley VIII, encontramos también una referencia al cohecho judicial (apud. ALCUBILLA, vol. II, pg. 1.790); específicos supuestos de exacciones ilegales se contienen en el Libro X, Tit. XXIV, Ley XI, números 83 y 151 (apud. ALCUBILLA, vol. II, pgs. 1.786 y 1.789 respectivamente).
- (459) Apud. ALCUBILLA, vol. II, pg. 1.859.
- (460) Apud. ALCUBILLA, vol. II, pg. 1.874.
- (461) Apud. ALCUBILLA, vol. II, pgs. 1.916/1.917.
- (462) Apud. ALCUBILLA, vol. II, pg. 1.919.
- (463) Apud. ALCUBILLA, vol. II, pg. 1.922.
- (464) Apud. ALCUBILLA, vol. II, pg. 1.923.
- (465) Apud. ALCUBILLA, vol. II, pg. 1.925.
- (466) Apud. ALCUBILLA, vol. II, pg. 1.936.
- (467) Apud. ALCUBILLA, vol. II, pgs. 1.945/1.946.
- (467) La situación de estos delitos en el siglo XVII, se puede ver en la "suma de las Leyes Penales", "Por el Doctor Francisco de la Pradilla. Y adicionado por el Licenciado don Francisco de la Barrera. Y ahora de nuevo añadido por el Licenciado don Iuan Calderón, Abogado de los Reales Consejos", "Dirijido. Al Doctor Don Iuan Bautista de Larrea, cauallero de la Orden de Santiago, y del Consejo de su Majestad", Madrid, en la imprenta del Reyno, 1639: Malversación, Primera Parte, cap. XLVI, pgs. 26 (detrás) y 27, y Segun

3. CONCLUSIONES:

Esta es, en definitiva, la situación que, en España, se va a encontrar el iluminismo por lo que a la materia en estudio afecta: un concepto ya conformado de Estado, el cual en última instancia se identifica con el rey; para su defensa, en el orden jurídico-penal, se articulan varios escalones: en primer lugar, los delitos de lesa majestad, que abarcan desde la muerte del rey a la falsificación de moneda, pasando por otros ataques contra la vida, integridad corporal, seguridad, libertad y honor del rey y su familia, la ayuda o incitación a la guerra a los enemigos del rey, la rebelión, sedición, motín, etc..., ésto es, gran parte de los que hoy llama la ley delitos contra la seguridad exterior o interior del Estado (468), y algún supuesto aislado de delito de fun-

(467 bis)
da Parte, Caso III, pg. 28 (detrás); Usurpación de Atribuciones, Segunda Parte, Caso VIII, pg. 30 y Caso LVII, número 18, pg. 78; Infidelidad en la custodia de presos, Segunda Parte, Caso XX, pgs. 39 (detrás) y 40; Cohecho pasivo, Abandono de funciones y Negociaciones prohibidas, Segunda Parte, Caso XXXIII, pgs. 50 y 51; Cohecho activo, Segunda Parte, Caso 34 (equivocadamente pone XXXIII), pg. 53; Prevaricación judicial (retraso) y Negociaciones prohibidas, Segunda Parte, Caso XXXVI, pgs. 54 a 56; Desobediencia, Segunda Parte, Caso XLII, pgs. 61 y 62 (equivocadamente se repite el número 61 en la pg. 62); Otros varios supuestos, en la Segunda Parte, Caso LIII, pgs. 73 a 75.

(468) Hay que tener, además, en cuenta que, como dice TOMAS Y VALIENTE, "la Monarquía absoluta interpretó siempre extensivamente estos delitos, creando figuras nuevas asimiladas a ellos por analogía, con lo cual la esfera de los delitos de lesa majestad era enorme" ("Notas" a "De los delitos y de las penas" de BECCARIA, Madrid, Aguilar, S.A. de Ediciones, 1969, nota 23, pg. 207), lo que, probablemente, operaría sobre los supuestos delictivos más inmediatos a los de lesa majestad, o sea, los que a continuación indico.

cionarios; en segundo término, los delitos contra los funcionarios reales, desde los pertenecientes a los más altos órganos del reino hasta el funcionario de menor jerarquía, inmediatamente conectados al anterior grupo de delitos, tan to a través de la teoría organicista cuanto en la medida en que quedan teñidos del carácter sacral de la autoridad máxima (el rey) (469); en un último escalón, se encuentra los delitos de los funcionarios, que atacan a la majestad del Estado en la medida en que perturban su actividad ordenada por el rey y preordenada a los fines señalados por éste. Estos últimos delitos no se encuentran en el estricto catálogo legal de los de lesa majestad, más tampoco puede decirse que son ajenos a éstos y gocen de una completa autonomía respecto a ellos; de otro lado, aparecen amalgamados con los demás delitos sin un criterio sistematizador que los singularice respecto de éstos (como todos los demás, según la característica generalizada en las leyes penales anteriores a la codificación) (470).

-
- (469) Por decirlo conforme a la explicación freudiana, han recibido parte del "maná" del gobernante (V. "Totem y tabú", 2ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 1968, pgs. 59 y sgs.), son los nuevos Moises de resplandeciente rostro (V. "Psicología de las masas", Madrid, Alianza Editorial, 1969, pg. 63).
- (470) En 1802, Ramón Lázaro DE LOU Y DE BASSOLS, en el T. VII de su "Instituciones del Derecho Público General de España con noticia particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno en Qualquier Estado" (Reimpresión, Banchs Editor, Barcelona, 1965, pgs. 235-289), describe así la situación: los delitos de lesa majestad se dividen en "delitos de lesa majestad in primo capite" y "delitos de lesa majestad in secundo capite". Respecto a los primeros dice: "El delito más horrendo, y que se presenta primero, es el que se llama de lesa magestad, esto es, el que se comete contra la suprema potestad del estado, o ya se halle ésta depositada en uno, o en más, o en todo el pueblo. La atrocidad de este delito no admite reflexiones, manifestándola ya por sí el sólo nombre, porque lo más grave, lo más atroz y destructivo de la sociedad, para cuya conservación se han esta-

(470)

.....
 blecido las penas, es el tirar contra la misma potestad y constitución del estado, y el destruirla. La circunstancia de ser los reyes y demás personas, que tienen las riendas del gobierno, depositarias del poder supremo de Dios...nos ha de hacer mirar este delito como un horrendo sacrilegio, que es el concepto que ya tuvieron de él los romanos...." (ob. cit., pg. 236). La distinción la plantea de la siguiente manera: "Los autores han adoptado comunemente en todas partes la división de este delito en crimen de lesa majestad in primero capite, como llaman, y in secundo capite, bien que no hallo, que definan, separen, ni sigan con la debida exactitud estas dos divisiones. Muyart en el lib. 3 de Les loix criminelles de France tit. 2 cap. 2 en el principio, después de haber tratado en todo lo antecedente del crimen de lesa majestad in primo capite, de la definición de los que lo son in secundo, autorizando con ella el principio, que acabo de establecer: se comprenden, dice, baxo de este nombre, (de crimen de lesa magestad humana in secundo capite) todos los que tiran solamente a herir la magestad del príncipe sin destruirle" (ob. cit., pg. 237; los subrayados en el original). Más tarde suministra su propio concepto de "delitos de lesa magestad in secundo capite" que, dice, "son los que ofenden a la magestad, aunque no sea con ánimo enemigo o dañado de destruir la república, o su cabeza, sino con la usurpación de algunos de los derechos y regalías de la soberanía, o agravando a la magestad de cualquier otro modo" (ob. cit., pg. 244). Entre los primeros incluye "Qualquier atentado, insulto, ultraje, injuria y desacato hecho contra la persona del soberano, que reúne en sí y representa toda la magestad de la nación, las inteligencias con enemigos, las conjuraciones, las tramas, traiciones, alborotos, y sediciones maquinadas o executadas contra el príncipe, o el mismo estado..." (ob. cit., pg. 237). A continuación añade que el "insulto contra qualquiera persona real (reyna, príncipes e infantes reales) es delito de dicha especie" (ob. cit., pgs. 237-238), y se opone a la opinión de Muyart de situar "también entre los delitos de lesa magestad in primo capite el de los que insultan o conspiran contra los principales oficiales empleados en la servidumbre del soberano", porque las razones de Muyart (que "los consejeros, por la inti-

ma confianza, con que los honra el soberano se entienden ser parte del cuerpo del mismo príncipe") o de otros autores ("que por formar los consejeros en los consejos supremos un cuerpo, de que es cabeza el rey, ha de resentirse la cabeza, y tenerse por ofendida, siempre que se ofendan los de más miembros del cuerpo"), le parecen "raciocinios... muy metafísicos y poco sólidos, para probar, que el atentado hecho contra un magistrado, aunque sea por sí digno de castigo y crimen de lesa magestad, lo sea del mismo modo, que quando se hace inmediatamente contra las personas reales", entendiendo que "nada prueba la pena de muerte y confiscación (con que se castigaban), porque ésta es común a los delitos in primo capite y a algunos de los que lo son in secundo" (ob. cit., pgs. 238-239). Por lo que a los delitos de "lesa magestad in secundo capite" se refiere, incluye las "sediciones" (que cuando "se hace con maligno ánimo de hostilidad, o se dirige a destruir la magestad, es más atroz delito, que el que forma el objeto de este , y debe reducirse a crimen de lesa magestad in primo capite" -ob. cit. pg. 246-), "la blasfemia del Rey" ("los que hablan mal de S.M." -ob. cit., pg. 257-), "acopio de armas, fundición de artillería, y qualquiera fábrica de instrumentos, materiales y utensilios de guerra, y de construcción o destrucción de fortalezas" ("no sólo porque.... qualquiera que hiciese alguno de dichos atentados, se arroga o usurpa algún derecho de la soberanía, sino también por lo que estas cosas pueden influir, facilitar y ocasionar sediciones, resistencia a la justicia, alborotos y desórdenes" -ob. cit., pg. 225-), "juntas y cuerpos ilícitos" ("no puede haber cuerpo, ni junta en el estado que no esté permitido por la suprema potestad o por sus leyes -ob. cit., pg. 257-), "quebrantamiento de cárcel, de destierro, de extrañamiento y de qualquier destino mandado con sentencia" (dentro de los que se sitúa a "los alcaydes y soldados, encargados de la custodia, que hubieren consentido o cooperado, o por negligencia o culpa en la fuga de los reos fueren responsables, tienen también pena arbitraria, según el caso, que puede variar mucho con las circunstancias" -ob. cit., pg. 260; los subrayados son míos- estimando "que no ha de decirse quebrantar la cárcel al que se huye de ella, y va a presentarse al superior... Aún cuando no vaya a presentarse el reo al superior es evidente también, que el reo, que se huye sin romper ni quebrantar nada en la cárcel, no puede considerarse de ningún modo quebrantador; ni se suele castigar esta fuga por el

amor natural en el hombre de la libertad, y por no ser justa, que, dexándosele la puerta abierta, o proporción para salir, se le obligue a estar dentro. Los carceleros son los que en estos casos han de ser severamente castigados" -ob. cit., pg. 262-), "delito de los que borran, quitan o rompen edictos públicos" (ob. cit. pg. 265), "violencias y tropelías de hecho" (entre las que sitúa no sólo las de particulares, sino también dice: "No sólo deben contenerse las violencias y tropelías de los particulares, sino también las de los jueces, que no es justo se excedan..." -ob. cit., pg. 268-), "delito de cárcel privada" (entre los que está el que "ni aún los jueces puedan tener presos en sus casas a los reos..." -ob. cit., pg. 270-), "crimen de concusión" (ob. cit., pgs. 270-272; el subrayado es mío), "falsa moneda" (ob. cit., pgs. 272-276), "Peculado" (ob. cit., pgs. 277-281; el subrayado es mío), "crimen de los residuos" ("esto es la retención o inversión a usos propios y particulares del dinero entregado a alguno para el uso público": ob. cit., pgs. 285-286; el subrayado es mío), "crimen de ámbitu" ("esto es la ambición, con que cualquiera, cohechando votos, y conquistándolos con medios ilícitos, se introducía o pretendía introducir en los empleos" -ob. cit., pgs. 285-286-; el subrayado es mío), "los que no cumplen en las órdenes y mandatos reales" (ob. cit., pg. 287) "introducción de breves y rescriptos del Sumo Pontífice sin el correspondiente permiso" (castigándose, dentro de ellos, "a los escribanos y procuradores, que entendieren en notificar las letras o provisiones" con "pena de muerte, perdimiento de bienes" -ob. cit., pg. 287-; el subrayado es mío), "los que usurpan o perjudican la jurisdicción real" (ob. cit., pg. 288; el subrayado es mío),

III. LOS MOVIMIENTOS ILUMINISTAS Y LA CODIFICACION Y LA
PRETENDIDA AUTONOMIA DE LOS "DELITOS CONTRA LA FUN
CION PUBLICA"

1. Planteamiento.

Para TAGLIARINI, como queda dicho, los movimientos iluministas y la tendencia a la codificación operarán sobre los delitos en estudio de tal manera que, en la se - gunda mitad del siglo XVIII, en algunos Estados europeos, ya se les habrá dotado de autonomía respecto de los de lesa majestad; el fenómeno estará generalizado en el pe - ríodo comprendido entre el final de ese siglo y toda la primera mitad del XIX (471).

En mi opinión, el que la codificación provoque tal autonomía, es un dato no sólo referible a estos delitos y respecto a los de lesa majestad, sino a todos en gene - ral y respecto a esa totalidad. Ello se concreta en cuan - to a los que estamos tratando en singularizarlos tanto en relación a los de lesa majestad cuanto respecto a todos los demás.

Por lo que concierne a la influencia del iluminismo en esta operación (y teniendo presente que el movimiento codificador mismo es ya una consecuencia del racionalis - mo) y el orden de cosas que provoca, entiendo que es una cuestión que debe tratarse, como lo hace este mismo autor, más detenidamente, por lo que a continuación procederá a ello.

Por último, y cuando menos por lo que respecta a Es-

(471) TAGLIARINI, "II concetto..." cit., pg. 42

paña, la consecución de esa autonomía no es algo que realicen los dos factores apuntados partiendo de cero. Como espero haber demostrado anteriormente, la situación que encuentran respecto a los delitos de lesa majestad no puede afirmarse que sea, ni mucho menos, pareja a la existencia en el derecho romano; por el contrario, hay una separación sobre la que, de algún modo, se va a actuar en un proceso nada simple, del que me voy a ocupar en los que sigue.

2. La opinión de TAGLIARINI

Según el autor italiano al que me vengo refiriendo, sobre la aludida obra de la codificación influyeron dos direcciones doctrinales; de tal influencia derivará la autonomía de los delitos contra la función pública: "la de la Escuela Italiana, ligada a los nombres de Romagnosi y Beccaria, y la del Estado de derecho y democrático, unida, tradicionalmente, a los nombres de Montesquieu y Rousseau" (472).

3. Comprobación en BECCARIA

La primera de ellas, "tiene una influencia cultural y civil sobre la represión de los delitos de Estado bastante relevante aunque indirecta", manifestada, como "reflejo de la afirmación general del derecho de libertad en el ámbito penal", en "una mitigación de las penas, - ... un inicial reconocimiento de los derechos del imputado y el repudio de arcaicas prácticas procesal penales", "... la condena patrocinada especialmente por Beccaria, de los más crudos métodos inquisitorios y represivos, de

(472) TAGLIARINI, "II concetto..." cit., pgs. 42-43.

debía incidir mayormente sobre los sistemas de determinación judicial y sobre los métodos punitivos de los delitos de majestad que... conservaban la más grave indeterminación de conducta, la extrema deshumanidad de las penas y un sistema de procedimiento probatorio siempre vago así como confiado a la cruel fantasía de los inquisidores" (473).

A) Es sin duda cierto que, a través de la demanda general de humanización de los delitos realizada por BECCARIA, se pueden conectar al pensamiento de éste los delitos de lesa majestad, que, así, se ven relevante pero indirectamente influidos por el mismo. Más, en la obra de marqués, se encuentra, en cambio, una directa, aunque nada relevante para su modificación, toma de postura respecto a esos delitos. Me refiero al apartado o capítulo XXVI de "De los delitos y de las penas" (474)

De su poco inteligible redacción no parece desprenderse una condena, ni mucho menos, radical. Parece más bien una protesta limitada a la excesiva amplitud del número de conductas incriminables bajo este título, y sólo eso. Por el contrario, no duda en clasificarlos como "los primeros y máximos delitos, puesto que son los más dañosos", y por ésto, incuestionablemente, inicia con ellos el estudio de los delitos en particular (475). Entiende

(473) TAGLIARINI, "II concetto..." cit., pgs. 43-44

(474) Este capítulo corresponde a la edición, antes citada, de Aguilar S.A. de Ediciones, Madrid, 1969, Introducción, notas y traducción de Francisco Tomás y Valiente. Corresponde a parte del Cap. 8 de la traducción de Juan Antonio de las Casas, aparecida en 1774 y reeditada por Alianza Editorial, Madrid, 1968, anotada por Juan Antonio del Val.

(475) Cfr. Giovanni TARELLO, "Storia della cultura giuridica moderna", Vol. I: "Assolutismo e codificazione del diritto", Bologna, Società Editrice Il Mulino, 1976, pgs. 475-476.

que su sustancia reside en la destrucción inmediata de la sociedad, o, más ampliamente (capítulo XXV), la destrucción inmediata de la sociedad o de quien la representa, lo que, por ello mismo, se convierte en el objeto de protección de estos delitos de lesa majestad.

Sería interesante saber qué conductas entiende BECCARIA que destruyen la sociedad, porque el código penal español de 1822, sobre el que es notoria la influencia del pensamiento beccariano (476), rubrica su Parte Primera como "De los delitos contra la sociedad", y en ella sitúa nada menos que nueve títulos (entre ellos el de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus

-
- (476) El segundo autor mas citado en las discusiones parlamentarias previas a su aprobación, como resaltan ANTON ("Historia del Código Penal de 1822", Separata del A.D. P.C.P., Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1965, pg. 270) y SAINZ CANTERO ("El informe de la Universidad de Granada sobre el proyecto que dió lugar al Código penal de 1822", Separata del A.D.P.C.P., Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1967, pg. 517), siguiendo a SALILLAS ("Evolución penitenciaria en España", Vol. II, Madrid, 1918, pg. 247). En el mismo sentido, CEREZO, "Curso de Derecho Penal Español. Parte General", T. I: "Introducción", Madrid, Editorial Tecnos, 1976, pg. 109; y CUELLO CONTRERAS, "Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el proyecto de Código penal de 1822", en A.D.P.C.P., T. XXX, Fasc. I, enero-abril 1977, pg. 90 (aunque matiza que respecto a las "ideas foráneas", "se puede hablar de influencias, pero sin llegar a afirmar que estas hayan sido determinantes de nuestro proceso legislativo"-ob. cit., pg. 91; el subrayado en el original-). Incluso para algunos autores, en el C.p. de 1822 "la influencia más honda... hay que buscarla en las doctrinas de la Enciclopedia y en particular de Beccaria" (CUELLO CALON, "Derecho Penal, Tomo I. Parte General", vol. I, 17a. ed., adaptado y puesto al día por Cesar Camargo Hernández, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1975, pg. 150; siguiendo en este punto a SALDANA, "Adiciones" al "Tratado de Derecho Penal" de Franz von Liszt, traducido y adicionado por Quin-

cargos), con 47 capítulos y 416 artículos. Y sería también interesante saber qué contenido da el autor italiano al término "sociedad" allí empleado, porque esos nueve títulos del código de 1822 colman cumplidamente los catálogos de delitos de lesa majestad (aparte la supresión de algunos ejemplos de delitos prototípicos del antiguo régimen) de las leyes históricas, incluida la falsificación de moneda, a los que se añaden (además de los tipos que protegen las libertades individuales: conquista de la nueva sociedad) los delitos contra los funcionarios públicos (entre los contra la seguridad interior del Estado) y de los funcionarios públicos -lo que no deja de tener también interés-, más los contra la salud pública, otras formas de falsedad, contra las buenas costumbres y de imprenta.

Por todo ello, me sumo sólo en parte al comentario que este apartado XXVI de "De los delitos y de las penas", le sugiere a TOMAS Y VALIENTE (477): "Este es uno de los capítulos en que Beccaria es intencionalmente oscuro, sin duda por cautela. Beccaria, tan decidido, claro y ardoroso al combatir excesos, como la tortura, no directamente relacionados con el poder real y su defensa por la vía penal represiva, se torna precavido e inescrutable cuando trata alguna cuestión concerniente de modo directo al poder político. Y pocas tan pertinentes a la esfera del poder de los monarcas como la configuración de los delitos de lesa majestad... Los penalistas y los políticos liberales atacaron duramente esta clase de delitos y su tratamiento procesal especialmente severo. ¿Por qué no lo hizo así Beccaria? ¿Acaso porque era partidario sincero de

... tiliano Saldaña, T.I, 3a. ed., Madrid, Instituto Editorial Reus, s.f., pg. 473: "En él (en el C.p. de 1822) se nota la influencia de tres corrientes: primera, la mas sustancial, que se deriva del movimiento de la Enciclopedia y de Beccaria...").

(477) Nota 23, a citada edición de la obra de BECCARIA, pgs. 206-207.

la configuración de los delitos de lesa majestas? Entonces, ¿por qué no los defiende expresamente? ¿O es que no se atrevió a tratar a fondo este problema para no tener que manifestarse en contra de una cuestión tan espinosa como la protección penal del poder político a través del tratamiento vigente de los crimina lesa majestatis humanae? En mi opinión, la respuesta a ésta última pregunta ha de ser afirmativa. En suma: el reformismo de Beccario se frena y silencia en lo tocante al poder real, su contenido y su defensa. Amigo de la Ilustración, pero más amigo del poder real absoluto..."

Y sólo me sumo en parte porque entiendo que Beccaria no se frena ante el poder real, sino ante el poder o, mejor aun, ante lo que directamente concierne al Estado, y no por cautela, sino porque quiere expresamente hacerlo así: al fin y al cabo, Beccaria es un ilustrado y, por tanto, conforme a este ideario, podría haber atacado al absolutismo real, a los privilegios de la nobleza, a la evidente desigualdad entre los individuos, propia del antiguo régimen... pero no al Estado, en cuyo seno es donde, precisamente, se va a verificar la ansiada igualdad a través de la ley entendida como ser impersonal.

Que la Ilustración no pretende la destrucción del Estado, sino su transformación, es obvio. La cuestión estriba, entonces, en si tal transformación se quiere tan profunda como para desentrañar, no ya del rey, sino de la idea de Estado la de absolutismo. Porque el absolutismo es, precisamente, el pilar sobre el que se asienta la atribución de "majestad" al Estado, no al rey, al que se le atribuía en función de que en la monarquía absoluta el Estado es el rey (478).

(478) De tal manera es así que, mucho tiempo después, se acusará a quien era rey en el momento de la reali-

La respuesta es negativa; y no solo en BECCARIA, ilustrado moderado y, desde luego (479), no revolucionario, sino en autores mucho mas radicales y ya revolucionarios (480).

TOCQUEVILLE comenta: "No se trata, pues de destruir este Poder absoluto, sino de transformarlo". "Es necesario que el Estado gobierne conforme a las reglas del orden esencial -dice Mercier de la Riviere-, y para esto es preciso que sea omnipotente" (481).

Consecuencia de la revolución francesa es que "el Estado dejó de ser propiedad personal del príncipe", pero, "convirtiéndose en propiedad de la burguesía (482). La

... zación de los hechos, de la comisión de un delito de lesa majestad. Me refiero al caso de Alfonso XIII, respecto a quien, según escribe JIMENEZ DE ASUA, "el acta acusatoria, compuesta por la Comisión parlamentaria de responsabilidades, calificó la conducta del ex Rey de España como crimen de lesa majestad y rebelión militar..." (Código penal reformado de 27 de octubre de 1932 y Disposiciones penales de la República", Madrid, Editorial Reus S.A., 1934, pg. 2.

(479) Y no solo por su propia confesión: V. su preámbulo "Al lector" a "De los delitos y de las penas".

(480) V. a este respecto, Antonio TORRES DEL MORAL, "Decracia y representación en los orígenes del Estado constitucional", en R.E.P. no. 203, sept.-oct. 1975, pgs. 145-212, en donde el autor señala las auténticas pretensiones y alcance del pensamiento político de esta época, en contraste con muchas de las rutinarias explicaciones habituales del mismo, en las que se deslizan -o introducen, generalmente por omisión- diversas falacias que distorsionan la la conclusión final.

(481) "El Antiguo Régimen y la Revolución", versión castellana de la 2a. ed. francesa por R.V. de R., Madrid, Daniel Jarro Editor, 1911, pg. 193.

(482) Albert SOBOUL, "Compendio de la historia de la revolución francesa", traducción por E. Tierno Galvan, 2a. reimpresión de la 1a. ed., Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1975, pg. 441.

idea de propiedad de uno solo predica la de libre disposición por este, únicamente matizada por los llamados poderes intermedios o secundarios (nobleza, clero); la de propiedad de una clase, permitirá una disposición aún más matizada en función de los emergentes derechos individuales, pero, en todo caso, disposición. Si se tiene en cuenta que es de ese Estado dominado solo por una parte de la sociedad (y no la mayor), del que se predica la idea de Estado neutro, en cuanto que es en su seno donde se va a verificar la "igual" concurrencia de todos los hombres (todos son ciudadanos iguales y libres), se obtiene la dimensión exacta de la necesidad de atribuir transpersonalismo a tal Estado, de atribuirle la facultad de poder hacer absolutamente todo, incluso esa imposible igualdad, negada por la realidad cotidiana.

En otro lugar, dice TOCQUEVILLE: "Cuando la igualdad se desarrolla en un pueblo que no ha conocido jamás o desde mucho tiempo atrás la libertad... el Estado alcanza de golpe los límites extremos de su fuerza" (483). Claro es que la malévola frase del autor francés solo posee virtualidad en un determinado contexto: cuando se trata de la falsa igualdad a que acabo de referirme; en términos absolutos, la idea que expresa no es cierta: la auténtica igualdad basada en la auténtica libertad, destruye naturalmente el Estado (484).

(483) "De la démocratie en Amérique", en "Oeuvres complètes", dirigida por J.P. Mayer, T. II, Paris, Editions Gallimard, 1951, pg. 305.

(484) "no soy verdaderamente libre -dice BUKUNIN- más que cuando todos los seres humanos que me rodean, hombres y mujeres, son igualmente libres. La libertad de otro lejos de ser un límite o la negación de mi libertad, es al contrario su condición necesaria y su confirmación... Mi libertad personal, confirmada así por la libertad de todo el mundo, se extiende hasta el infinito" ("Dios y el

La igualdad de todos los hombres creada a golpe de norma legal, es decir (siguiendo la frase tónica), el acostarse desigual y levantarse igualado, no es sino el artificio engañoso empleado por unos cuantos en su propio beneficio. Hay que observar que se proclama la igualdad respecto a un solo punto de referencia: la Ley; pero a ello se le da un valor general, esto es, se ha "creado" la "igualdad"; ocultando así que, tomados otros puntos de referencia (y, entre ellos, también las propias leyes particulares), tal igualdad no existe. Ello obra respecto a todos los ámbitos del "ordenamiento" (porque el principio de igualdad se proclama constitucionalmente) y, dentro de él, como es lógico, también respecto del Derecho penal; de forma que este no escapa a la crítica (485).

... Estado: Nota sobre Rousseau", en "Dios y el Estado", Madrid, Gijon, Ediciones Jucar, 1975, pgs. 151-152), infinitud de la libertad igual que, por su condición misma, no puede limitar con nadie, incluido el Estado.

(485) Pues, como acertadamente ha dicho SAVATER, "la Ley produce la ilegalidad y esto de modo necesario; pero es preciso relacionar esta ilegalidad con la no menos necesaria injusticia sobre la que se apoya la Ley. La Ley es la pretensión de igualar desde una óptica única las acciones de estamentos infinitamente desiguales por condición, poder o apetencias. Suele tomarse la expresión "todos, el alto y el bajo, el pobre y el rico, el listo y el tonto, son iguales ante la Ley" como la formulación misma de la justicia: en realidad, es la expresión dogmática de la injusticia básica que posibilita el funcionamiento de las leyes. En la sociedad desigual, lo justo sería que la Ley se aplicase no igual, sino desigualmente... Pero la desigualdad real se impone sobre esa igualdad ficticia en forma de la necesaria ilegalidad, tanto como ilegalidad prepotente del poderoso, a quien ninguna Ley contiene y para quien ningún magistrado es inalcanzable al soborno, como la ilegalidad del campesino hambriento que no respeta el ganado del corral ajeno, o el bandolero de tierras o mares que no se considera subdito de ninguna sociedad establecida. La ilegalidad

Se comprende ahora, pues, que cuando BECCARIA, en el citado Cap. XXVI referido a los delitos de lesa majestad, habla de "destrucción inmediata" de la "sociedad", o, en el cap. anterior, de los delitos que "destruyen inmediatamente la sociedad o a quien la representa", el término "sociedad" puede substituirse por "Estado". Es un momento histórico en el que, frente a la estructura política del antiguo régimen, se concibe al Estado, conforme dice GROETHUYSEN (486), como "un todo colectivo", únicamente regulado por la Ley, excluyendo todo arbitrio personal", y a la ley como "un ser impersonal que, por su carácter general, crea la unidad entre todos. Sin consideración a las personas, se mantiene a través de todos los caprichos, de todos los intereses particulares. Independiente de los hombres, reposa sólidamente sobre si misma" (487).

... deriva necesariamente de la injusticia desigual básica sobre la que se apoya la igualdad de la Ley, pero no logra derribar la Ley sino que la confirma al trasgredirla..." ("Por la abolición de la cárcel", "Introducción" a "El preso común en España", por Fernando Savater y otros, Madrid, Ediciones de la Torre, 1977, pgs. 12-13; V. la, en este punto, concomitante opinión, desde una óptica marxista, de BARATTA, "Criminología crítica e política criminale alternativa", en QC, no. 3 de 1977, pgs. 339-341.

(486) "Philosophie de la Révolution Française", Paris, 1956, pg. 253 (citado por GARCIA DE ENTERRIA, "Revolución francesa..." cit., pg. 11, n. 2).

(487) Concepción del Estado que, si se sigue la opinión de GARCIA DE ENTERRIA, se incardina en un contexto ideológico que va más allá de la intención de remover la estructura de poder, pues, según indica este autor al hablar de los propósitos de la revolución francesa, "por primera vez en la historia de las Revoluciones no se pretendía únicamente un cambio de política o de titulares de la misma, y ni siquiera de la estructura de poder. La Gran Revolución, con sus grandes dogmas, postulaba toda una nueva estructura social" ("Revolución francesa..." cit., pgs. 56-57). La cuestión estriba en

De esta manera, los delitos de lesa majestad van a quedar transformados en delitos de "leso Estado" (488).

Cierto es que cuando los términos "lesa majestad" se vuelven a emplear (por ejemplo, en C.p. español de 1848: Cap. I, Tit. III- "Delitos contra la seguridad interior del Estado y el orden público"- , Lib. Segundo), será para abarcar bajo ellos un número de conductas sensiblemente reducido respecto a las contenidas en las leyes penales del antiguo régimen (ahora solo se comprenden los ataques a la vida, integridad corporal, honor y seguridad del rey y su familia); mas, esta concreta utilización de los referidos términos, no trasciende de una cuestión semántica (489): la realidad es que el espíritu de los delitos de lesa majestad, late en el interior de los delitos contra el Estado.

B) Desde el punto de vista del derecho penal, el heredero directo del concepto de "maiestas" referido a la suprema autoridad del Estado "romano", es el Estado que va a surgir de la revolución francesa. Respecto a este Estado va a escribir TOCQUEVILLE (490): "En realidad, los derechos y la acción del Estado no tienen límite... Este intenso poder social... No emana directamente de Dios,

... si esta pretensión tiene un total correlato en el pensamiento político de la época (V. a este respecto, TORRES, "Democracia..." cit., pgs. 156 y sgs.) y en que actitudes de clase descansaba y que clases eran estas (V., para este particular, Luis ALTHUSER, "Montesquieu: la Política y la Historia", traducción de Ma. Esther Benitez, 2a. ed., Barcelona, Editorial Ariel, 1974, pgs. 131-147 y TORRES ob. cit., pgs. 153-155), lo que introduce a las auténticas dimensiones en que se materializó tal nueva estructura social.

(488) V. una última instancia en la explicación de esta transformación en ENZENSBERGER, "Sobre una teoría de la traición", en "Política y delito", traduc-

ni nace de la tradición: es impersonal. No se llama ya - el Rey sino el Estado... No más jerarquía social, ni clases separadas, ni condiciones fijas: un pueblo compuesto de individuos casi semejantes y enteramente iguales, masa confusa reconocida como único soberano legítimo, pero cuidadosamente privado de todas las facultades que pudieran permitirle dirigir y vigilar por sí mismo su gobierno. Sobre él, un mandatario único... De derecho, un agente subordinado; en realidad un amo". MEREU (491) apostilla este comentario diciendo: "basta recorrer los artículos del código penal para verificar como estas palabras son exactas; para ver como el nuevo régimen repite también aquí las antiguas fórmulas y las viejas penas, presentándolas de un modo nuevo, contra cualquier atentado, o intento de atentar, a la seguridad del Estado" (492).

... ción de Lucas Sala, Barcelona, Editorial Seix Barral S.A., 1966, especialmente pgs. 297-299.

(489) V, en este sentido, JARAMILLO, "Novísimo Código Penal..." cit., Vol. II, pg. 24.

(490) TOCQUEVILLE, "El Antiguo Régimen..." cit., pg. 194

(491) "Storia..." cit., pg. 112.

(492) Según QUINTANO ("Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal", T.I. vol. I: "Infracciones contra la persona en su realidad física", 2a. ed. puesta al día por Enrique Gimbernat Ordeig, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1972, pg. 13, "aún consumado el proceso de secularización, el influjo de las viejas ideas sigue dejándose ver en lo penal, donde se opera simplemente una transmutación de valores harto significativa: la de su plantar el lugar antes asignado a la Divinidad por el Rey o el Estado, lógica aunque discutible consecuencia de la pagana divinización de los poderes políticos iniciada en el Europa renacentista y barroca por el maquiavelismo y bodinianismo; nueva tabla de valores absolutamente predominante en los códigos penales vigentes, bien que desde el punto de vista ideológico y aún desde el técnico haya sido abandonada por excepcionales pero importantes ordenamientos positivos".

Esta herencia a la que aludo, por supuesto que no se mantiene en iguales condiciones que en Roma, pero tampoco está acompañada de una ruptura tan honda respecto al antiguo régimen, especialmente con su última etapa, como pudie ra pensarse tras un exámen superficial. Como dice el aca- bado de citar MEREU (493), "el Estado del 800 ha tomado en efecto el núcleo esencial del antiguo régimen representado por un Estado centralizado, lo ha organizado mejor, lo ha estructurado de forma técnicamente más moderna para así hacerlo más sensible y responder mejor a las exigencias de quienes detentan el poder, y lo ha hecho sirvién-

... Es singular la manera como TERUEL (Domingo TERUEL CARRALERO. "Teoría general de las infracciones contra el Estado", en ADPCP", T. XVIII, Frasc. II, mayo-agosto 1965, pág. 302; los subrayados son míos) se opone expresamente a esta idea de QUINTANO que fundamenta el que los códigos penales se sistematizan comenzando, precisamente, por los delitos contra el Estado. Para TERUEL, no es ese argumento lo que determina tal "práctica legislativa", sino que ésta "tiene una fundamentación más lógica, tanto desde el punto de vista cualitativo como desde el cuantitativo". Esta fundamentación es la siguiente: "Si el Estado tiene como suprema función el aplicar el Derecho, más aún, es el encargado de decirlo, de hacerlo nacer, si es la fuente por donde éste mana y si la protección de los derechos se realiza mediante fórmulas a ello encaminadas que son los delitos, la protección de esta protección se realiza con los delitos creados para la del Estado y la libre actuación de sus órganos. El Estado obra como el prudente jardinero que se ocupa, ante todo, de que el manantial que ha de fecundar su jardín, el jardín donde viven los derechos y existe su protección, no tenga obstáculos en su fluir y de que esté protegido por una defensa o se to contra los fuertes agentes exteriores que pudie ran destruir lo que dentro de él nace y se desarrolla, es decir, destruir el Derecho al destruir el Estado. Esta es la razón cualitativa de su colocación". Singular me parece esta refutación del argumento de QUINTANO, porque raramente podrá encontrarse una crítica desfavorable ratificadora de lo negado, tan manifiestamente como ésta lo hace respecto de dicho argumento.

dose de los mismos medios, de los mismos instrumentos, de las mismas penas" (494).

De esta manera, la pretendida operación de autonomía de los delitos de funcionarios respecto a los de lesa majestad, resaltada por TAGLIARINI, se reduce a una labor de sistematización, exigida por esa mejora técnica que demanda un instrumento más apto de utilización y más adaptado a las mejoras de organización experimentadas en los otros ámbitos de la estructura estatal (495).

...

(493) MEREU. "Storia..." cit., pg. 112.

(494) El mantenimiento de las penas más graves y de la indeterminación de las conductas (puerta abierta a la arbitrariedad), para los delitos contra el Estado, en la codificación penal posterior a la revolución francesa, es cumplidamente demostrado por este autor (Storia..." cit., pgs. 112-115), lo que limita considerablemente el alcance de la influencia beccariana señalado por TAGLIARINI.

(495) A la hora de valorar la obra de BECCARIA y de las construcciones teóricas jurídico-penales que después van apareciendo, y de señalar sus efectos, conviene recordar importantes matices que frecuentemente se olvidan en beneficio de planteamientos simplistas que deforman los términos reales del análisis. Así, para toda esta materia de que me estoy ocupando, creo que deben tenerse presentes ideas como la expuesta por STORTONI ("L' abuso..." cit., pgs. 97-98, el subrayado en el original), para quien "si bien es cierto que la convicción según la cual solo la lesión de un bien de particular importancia legitima la sanción penal, es patrimonio de la cultura penal del 800, es asimismo incontestable que la ahistoricidad de sello iusnaturalista que está en la base de la misma, reduce notablemente la consecuencia. Usar la norma penal sólo en las hipótesis en que ella sea absolutamente necesaria e indispensable, según los enunciados de Beccaria o de Carrara, ciertamente constituye un modo compartible de entender el derecho penal, pero se resuelve en una enunciación pragmática de limitada importancia y de valor sustancial y exclu

Ello se refleja claramente en los códigos penales es
pañoles (496).

Sobre el cuadro, antes dibujado, que se presentaba a la atención de los codificadores, se va a operar de la siguiente manera: los delitos de lesa majestad se mantie
nen en esencia (497) en los títulos dedicados a "los de-
litos contra la constitución y orden político de la mo -
narquía", "los delitos contra la seguridad exterior del
Estado" y "los delitos contra la seguridad interior del
Estado y contra la tranquilidad y orden público" (código
de 1822); los "Delitos contra la seguridad exterior del
Estado", los "Delitos contra la seguridad interior del
Estado y el orden público" (código de 1848); los "Delitos
contra la seguridad exterior del Estado", los "Delitos
contra la Constitución", los "Delitos contra el orden pú
blico" (código de 1870); los "Delitos contra la seguridad
exterior del Estado", los "Delitos contra los Poderes pú
blicos y contra la Constitución", los "Delitos contra el
orden público" (código de 1928); los "Delitos contra la
seguridad exterior del Estado", los "Delitos contra la
Constitución", los "Delitos contra el orden público"
(código de 1932); y los "Delitos contra la seguridad exte
rior del Estado" y los "Delitos contra la seguridad inte
rior del Estado"(código de 1944). Entre ellos, además,
se incluyen (lo que recuerda el viejo precedente romano
y supone un criterio de defensa más rígido que el susten
tado en la más inmediatamente anterior etapa del antiguo

... sivamente conservador, en vista de la inmodificabi
lidad histórica de los bienes y la ausencia de ins
trumentos eficaces de sustitución de los bienes
mismos: fenómenos constantes del iusnaturalismo o-
chocentista".

(496) A más de evidenciar una de las más sólidas razones
en la explicación del porqué de la escasa variación
de esta materia en el Código actual respecto a sus
precedentes, y de éstos mismos en sus sucesiones.

régimen) los delitos contra los funcionarios públicos y, más aún, determinados delitos de los funcionarios públicos, que por entenderse que conculcan los recién adquiridos derechos individuales de los ciudadanos (498), más que la actividad del Estado, quedan teñidos de un matiz claramente diferencial respecto de los otros delitos de funcionarios (499).

Incluidos, pues, entre los sucesores de los delitos de lesa majestad, los delitos contra los funcionarios públicos, segundo escalón en la defensa penal del Estado indicado en el cuadro de referencia, la tercera operación que se realiza en esta labor de sistematización es agrupar los delitos contra la actividad del Estado cometidos por sus agentes en un apartado distinto. Ello no supone ruptura con la situación anterior (sí, en cambio, una di

...

- (497) Desaparecen las referencias a situaciones periclitadas: recuérdese que el elenco de "traiciones" que se recogen en la Ley I, tit. VII, Lib. XII de la No vísima Recopilación, provienen del Ordenamiento de Alcalá.
- (498) Y por ello mismo la nueva estructura social pretendida por el iluminismo: de aquí su ubicación.
- (499) No parece haberse detenido en ello la doctrina mayoritaria, cuando protesta de la existencia de un título dedicado a los delitos de los funcionarios públicos, sobre la base de que también en otros lugares del Código (especialmente en la Sección 2a. del Capítulo II del Título 2o.) Se contienen delitos cuyo sujeto activo es el funcionario público. No se puede, en esta materia, como bien señala RODRIGUEZ RAMOS (Luis RODRIGUEZ RAMOS, "Libertades Cívicas y Derecho Penal. (Sobre los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de las personas reconocidos por las Leyes)", Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1975, pg. 347), "hacer abstracción de la divinización de la seguridad del Estado que se desea proteger muy especialmente en el mentado título II", como, efectivamente, no la hace este autor (V.

ferencia respecto al sistema romano), sino consolidación de algo ya latente en la legislación histórica. Y es, en todo caso, una operación propiciada por esa estructuración "de forma técnicamente más moderna" del Estado del nuevo régimen, que va a permitir distinguir claramente las acciones dirigidas directamente contra esa estructura del Estado, de las encaminadas a perturbar la actividad de éste y, por ello, sólo mediatamente al Estado.

De esta manera, se podría pensar que son reproducibles respecto a estos últimos delitos las ideas de que "están dotados de una relevancia más genuinamente administrativa que política" y de que no es "reconocible en ellos un abierto atentado a la seguridad y a la paz del Estado". Con ello se aportaría un dato claramente autonomista de estos delitos en relación a los contra el Estado, de los que se habrían desgajado precisamente por esta razón singularizadora. Y, efectivamente, así se hace, aparentemente, cuando, como antes he señalado y volveré más adelante sobre ello, se indica que el bien jurídicamente protegido por los mismos es el deber del cargo.

C) Este planteamiento es, en mi opinión engañoso. Si las conductas en estudio se castigan es porque se quiere proteger la actividad del Estado, en cuanto que con ello se piensa que se protege indirectamente al Estado mismo, es un adelantamiento de las barreras penales de protec-

... Ob. cit., pgs. 347-348). VIVES, destaca correctamente el carácter de derecho individual del bien jurídico libertad, protegido por los arts. 184 y sgs. C.p., en lugar de examinar este delito como mal desempeño de una actividad estatal por parte del funcionario ("Detenciones ilegales", en "La detención (Detenciones ilegales, La detención gubernativa y la detención judicial)", Barcelona, Bosch Casa Editorial S.A., 1977, pgs. 20-24).

ción; todo se reduce, entonces, a una labor de sistematización.

Esta forma de entender la cuestión encuentra apoyo en dos argumentos deducibles de "lege lata":

En primer lugar, la vigencia, respecto de los "delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones por empleados públicos residentes en territorio extranjero", del principio real o de protección (art. 336 de la LOPJ). En segundo lugar, los obstáculos legales a la exigencia de responsabilidad criminal de los funcionarios públicos, es decir, la inmunidad parlamentaria y la institución del suplicatorio, respecto de los del legislativo; el "antejuicio necesario para exigir la responsabilidad criminal a los Jueces y Magistrados" (Título II del Libro IV de la LECr., arts. 757-778) respecto de los del judicial; y la llamada cuestión previa (artículo 15 de la Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 17-VII-1948) (junto con la predecesora autorización previa) respecto de los de la Administración (500).

a) El primer argumento, deducible del indicado artículo 336 de la LOPJ, es evidente: si se recuerda por ejemplo, lo dicho por RODRIGUEZ MUÑOZ (501) al tratar el principio real o de protección establecido por esa norma: "en este

(500) Respecto a la peculiar situación que la existencia de la llamada "cuestión previa" crea en orden a las dificultades para el procesamiento de autoridades y funcionarios (tema que no se estudiará en el presente trabajo), v. José Ramón PARADA VAZQUEZ, "La responsabilidad criminal de los funcionarios públicos y sus obstáculos: Autorización previa, prejudicialidad administrativa y cuestiones previas" en R.A.P. no. 31, enero-abril 1960, pgs. 95-149; v. también: Lorenzo MARTIN-RETORTILLO Y BAQUER, "Notas" sobre Conflictos Jurisdiccionales" que periódicamente publica R.A.P.

caso, lo único determinante es la índole de los bienes jurídicos que se atacan con las conductas delictivas. El Estado considera que ciertos intereses (bienes jurídicos) son de tal importancia que exigen su protección penal, aunque la acción se realice en el extranjero y con independencia de la nacionalidad del autor del delito... Basta tener en cuenta la índole de los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro por las conductas a que se refiere dicho art. 336" (502), y se hace el recorrido por

...

- (501) "Notas" al "Tratado de Derecho Penal" de Edmundo Mezger, T.I., cit., pg. 114; el subrayado es mío.
- (502) RODRIGUEZ DEVESA ("Parte General" cit., pg. 185), comenta: "El Estado no puede permanecer inerte frente a ataques a la comunidad que personifica por el hecho de que se verifiquen en el extranjero" (el subrayado es mío). Más evidentes aún son las palabras de ANTON (Derecho Penal" T.I."Parte General", Madrid 1949, pg. 118): el principio "real o de la defensa, conforme al cual la ley penal del Estado se aplica a todas las infracciones que lesionan sus intereses. Su fundamento está en que el Estado amenazado ejercita un derecho natural de legítima defensa"; que remata con la siguiente contraposición: "En algunas legislaciones la protección penal en virtud del principio de la defensa se extiende, no sólo a los intereses del Estado, sino a los de los súbditos..." (los subrayados son míos). Y más, si cabe, las de CERESO ("Curso..." cit., pgs. 202-203): "El principio real, de la defensa o de protección de intereses permite al Estado castigar los delitos cometidos en el extranjero, con independencia de que su autor sea nacional o extranjero, cuando lesionan sus intereses. Este principio suele introducirse en las legislaciones como complementario del de territorialidad, para castigar únicamente los delitos cometidos en el extranjero que lesionen intereses del Estado que se consideren esenciales" (los subrayados son míos). Más matizadamente, dice RODRIGUEZ MOURULLO ("Derecho Penal. Parte General", T.I., Madrid Editorial Civitas S.A., 1977, pg. 165): "Según este principio, decide la naturaleza del interés o bien jurídico protegido. Ciertos intereses del Estado deben ser plenamente protegidos por la

las conductas descritas en el artículo de referencia reclamado por este autor, no es preciso más comentario.

b) El segundo argumento comienza por la pregunta de por qué se obstaculiza la normal actuación de la justicia penal.

Sobre ello, precisamente, se ha dicho que la cuestión reside en una desigualdad ante la ley penal. Al referirse al 'mito' de la revolución francesa, dice MEREU (503): "No se alcanza, en efecto, la igualdad de todos - los ciudadanos frente a la ley o se alcanza sólo en vía teórica como principio eurístico y formal. Si antes era la nobleza y el clero quien tenía derecho a un tratamiento privilegiado, ahora, con una administración fuertemente centralizada y dependiente en todo del poder ejecutivo, son los magistrados y los funcionarios públicos esta nueva "élite", las leyes penales podrían materializarse sólo si el gobierno daba autorización para proceder".

En el mismo sentido de desigualdad ante la ley ("evitar a los funcionarios el disgusto de tener que confesarse ante la justicia como simples ciudadanos") y de herencia del Antiguo Régimen, aunque no ya de la nobleza y el clero sino de la concreta técnica francesa de las avocaciones, se manifiesta TOCQUEVILLE (504).

... ley nacional cualquiera que sea el lugar donde se les ofenda y la nacionalidad de quien los ataca. Por eso la operatividad de este principio suele reservarse para aquellos delitos que de alguna manera afectan a la subsistencia, organización o intereses vitales del propio Estado" (los subrayados son míos).

(503) "Storia..." cit., pg. 94.

(504) "El Antiguo Régimen..." cit., pgs. 76-77.

Desde otro punto de vista, sostiene PARADA, respecto de los obstáculos a la exigencia de responsabilidad de los funcionarios administrativos, que la autorización previa proviene sólo en cierto modo del "sistema de avocaciones que suponía una protección a posteriori" mientras que la autorización previa, que surge, tras la condena bajo la Revolución de la práctica de las avocaciones (505), por la ley de 14-XII-1789 (506), "implicaba una protección con carácter general para todos los funcionarios", entendiéndose más bien que "la tendencia a buscar una protección contra la responsabilidad es una constante en el Derecho continental, derivada, sin duda, de la dinámica misma del principio de división de poderes, tal como lo entendieron los revolucionarios, es decir, como prohibición a los tribunales de entender de cuestiones administrativas, entendido el concepto en el más amplio sentido y no en el restringido de "administrar" (507). Esto es, en suma, que el origen de dichos obstáculos reside en el principio de división de poderes, tal como lo interpretaron los revolucionarios (separación de poderes (508)), mal entendido.

Sin embargo, por debajo de estas explicaciones sub-

-
- (505) "... al establecer la Constituyente de 1789 el derecho que la sociedad tiene "a pedir cuenta a todo agente de su administración"
- (506) Precedente del famoso artículo 75 de la Constitución del año VIII.
- (507) "La responsabilidad criminal de los funcionarios públicos... cit., pgs. 101-105.
- (508) V., GARCIA DE ENTERRIA. "Revolución francesa..." cit., pgs. 40 y ss., y TORRES DEL MORAL. "Democracia..." cit., pg. 157.

yace todavía una pregunta: ¿por qué esa desigualdad?, ¿por qué ese mal entendimiento, esa ampliación del "administrar"?

En mi opinión, la respuesta es la misma que se da para la existencia de las evocaciones: dice TOCQUEVILLE, "como escribe un consejero de Estado de aquella época, un funcionario administrativo perseguido de esta forma habría sido víctima de la prevención que dominaba el espíritu de los jueces ordinarios y quedaría comprometida la autoridad del rey" (509).

Efectivamente, al actuar sobre los funcionarios, que representaban al rey al desarrollar las actividades ordenadas por éste para la consecución de los fines por él queridos, se abría una especie de vaso comunicante con el propio centro de poder: el rey, el Estado. De algún modo, su "autoridad" (su "majestas") quedaba así "comprometida". De ahí el interés del Estado en que se proceda de otra manera que palie este compromiso: actuando sobre sí mismo (el legislador sobre el legislador: se accede o se niega el suplicatorio; el juez sobre el juez: se falla el antejuicio; el administrador sobre el administrador: se concede o no la autorización), sólo dejará que se obre en la forma común cuando tal compromiso es pequeño o nulo, o cuando el compromiso emergente de la denegación sea mayor que el propio deterioro que pueda producir la actuación normal. En todo caso, tiene interés en ser el primero en conocer del asunto porque lo considera su propio asunto, su propia actividad. De aquí entonces el que se establezca la desigualdad ante la ley: también al más ínfimo de los funcionarios alcanza, más o menos, la "majestas" del Estado y es por ello distinto de un ciudadano normal.

(509) "El Antiguo Régimen..." cit., pg. 77 (el subrayado es mío).

c) Pero si desde esta óptica es clara la consecuencia, a poco que si piense sobre el otro punto de vista (el sus - tentado por PARADA), también lo será:

Esa mala interpretación de la separación de poderes, parece responder al intento de que el judicial no entre en la esfera del ejecutivo (no administre). Ahora bien, ¿ello, a su vez responde, realmente, al prurito del ex - quisito y puro mantenimiento de tal separación de poderes?

Si afirmamos en la respuesta, debemos entonces cotejar lo que hicieron los defensores de esta separación in contaminada para evitar el caso contrario: la interferencia del ejecutivo en el judicial. El resultado de este cotejo no se compadece con la afirmación anterior; acudamos una vez más a TOCQUEVILLE: "es cierto que hemos arrojado a la justicia de la esfera administrativa, en la cual el antiguo régimen la había dejado indebidamente introducirse; pero al mismo tiempo, como es notorio, el Gobierno penetraba constantemente en la esfera natural de la justicia, y nosotros lo hemos conservado, como si la confusión de Poderes no fuera tan peligrosa en un sentido como en el otro; y aún peor, porque la intervención de la justicia en la Administración no perjudica más que a los asuntos en sí mismos, mientras que la intervención de la Administración en la justicia deprava a los hombres, y tiende a hacerlos en un mismo tiempo revolucionarios y serviles" (510).. La cuestión, en la actualidad, es todavía más amplia: se puede hablar de una Administración no sólo en parte juzgadora sino también en parte legisladora, a través de reglamentos no sólo ejecutivos sino autónómos, como ya he reseñado en otra parte.

(510) ob. cit., pg. 76.

Debemos, pues, buscar una base distintas para el fenómeno en estudio. Y ésta la hallamos, en mi opinión, en la entraña misma de la revolución, cuando, como magistralmente ha espuesto GARCIA DE ENTERRIA (511), tanto como reacción frente al peligro del gobierno de los jueces con que amenazaban los Parlamentos judiciales franceses (512),

(511) "Revolución francesa..." cit., pgs. 39 y ss.

(512) Además de en la obra citada, v. la importancia que se da a la experiencia de los Parlamentos judiciales cuando los revolucionarios se hacen con el poder político, en la del mismo autor: "La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)", Madrid, Ediciones Civitas en Revista de Occidente, 1974, pg. 18 : "Es así como se formula la Ley de separación entre la Administración y la Justicia, la famosa Ley de 16-24 de agosto de 1790, donde se proclama la separación radical entre la Administración y la Justicia, entendida en el sentido de que los tribunales no podrían (literalmente, porque es muy expresiva la frase) molestar de la manera que fuese a las operaciones de los cuerpos administrativos ("Troubler de quelque maniere que ce soit les opérations des corps administratifs") ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones".

La incidencia del argumento de la "desconfianza que las fuerzas políticas nacidas de la revolución mantuvieron respecto de la tradición monárquica" en el beneficiar al ejecutivo en detrimento del judicial, en cuanto plaza fuerte éste último de la nobleza en el antiguo régimen; el camuflaje de esta auténtica razón política, para realizar esa operación con la justificación teórica de la defensa del principio de separación de poderes; y el rechazo de Montesquieu que, por todo ello, hacen los revolucionarios, también lo resalte TAGLIARINI ("Il concetto..." cit., pgs. 101 y ss.)

El tema de las suspicacias que levantara el que los jueces pudieran conocer de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, y de cómo la autorización previa se utiliza en contra de tales recelos, no es extraño a la discusión parlamentaria española de la época: v. en este sentido, Manuel ORTIZ DE ZUÑIGA y José de CASTRO Y OROZCO. "Código Penal explicado..." cit.,

cuanto por la aparición del reglamento independiente dictado por la Administración, como sobre todo, porque la "gigantesca tarea" de crear una nueva estructura social "no podía ser cumplida con meras declaraciones generales y ni siquiera por la simple promulgación de nuevas leyes", sino que "era preciso configurar un extenso poder capaz de asumir esta misión cuya aptitud desbordaba toda la tradición del Estado, y este poder debía ser, sobre todo, un poder gubernamental y activo, constante, general, notas todas que volcaban el peso necesariamente del lado de la Administración", surge ésta, y se prolonga su-

... pgs. 186-188.

Hay, sin embargo, también en los debates parlamentarios españoles de la primera mitad del siglo XIX un antecedente de contrario signo al acabado de aludir. Me refiero, a la cuestión planteada por el diputado SIERRA PAMBLEY, en la Sesión de 7-VIII-1820, sobre si la decisión del poder ejecutivo de aplicar una sanción disciplinaria a un funcionario no significaba que se mezclaba en las atribuciones del poder judicial (v. en NIETO, "Problemas capitales del Derecho disciplinario" cit., pgs. 55-56). Ahora bien, la cuestión (cuya trascendencia -pues con ella surgía, "en un plano constitucional", el problema de las relaciones del Derecho disciplinario con el Derecho penal- ha planteado agudamente NIETO -ob. cit. pgs. 55 y ss.-) en mi opinión no surge tanto como muestra de pre-ocupación del citado diputado por el puro mantenimiento de la separación de poderes, cuanto como hábil argumento (fácilmente extraíble de las ideas de la época, y por ello, de contundente efecto) en contra de la denuncia de los despidos políticos de funcionarios realizados por el Gobierno, hecha en esa legislatura (años 1820-21) por el diputado BANQUERI, que llegó a presentar una propuesta de Ley al efecto (18 de julio) defendida en una Memoria presentada en la sesión de referencia, frente a la que los distintos diputados (entre ellos SIERRA PAMBLEY), "mantuvieron a ultranza, y por razones puramente políticas, la legalidad de los despidos, de acuerdo con la tradición española" (NIETO ob. cit. pg. 54. V. también el "Diario de las Actas y discusiones de las Cortes", Legislatura de los años 1820 y 1821, II, Madrid 1820, pgs. 159 y ss. y 173).

perando toda idea de circunstancialidad (desaparición tras el cumplimiento de la tarea derrocadora), hasta llegar a constituir "un poder administrativo fuerte y universal, como no lo había conocido el antiguo régimen". "No es realmente una cuestión de casualidad", dice este mismo autor más adelante (513), "no es, en efecto, que el poder ejecutivo haya resultado más potenciado de lo que se suponía. Es algo mucho más importante: es que bajo la etiqueta formal del poder ejecutivo va a actuar otra realidad en esencia diversa, la realidad que llamamos Administración y a la que no cuadra de ninguna manera la caracterización reservada a ese poder en la teoría de la división de poderes... en efecto, la pretendida caracterización de la función administrativa como función de ejecución de las leyes conforme al dogmatismo de la división de poderes, ha venido constituyendo para el Derecho Administrativo desde sus orígenes un verdadero lecho de Procusto. El supuesto poder ejecutivo se ha sustantivado en un sujeto real y verdadero, autosuficiente para su desenvolvimiento en virtud de los mecanismos técnicos que ya consideramos, que le asegura la exención respecto de los otros poderes. Es realmente un sujeto que actúa, persiguiendo como todo sujeto multitud de fines, no limitados por supuesto al simple respaldo coactivo de las leyes y de las sentencias... La disidencia aparecida en la Revolución y consagrada tras la formalización napoleónica es justamente... que la abstracta función de sostener la Ley, tal como vimos que Locke y Montesquieu la concebían, se ha transformado en Administración, persona singular, sujeto no ya de una abstracta función, sino de actividades múltiples en cuanto sujeto, actividades que en su multiplicidad interfieren las pro-

(513) GARCIA DE ENTERRIA. "Revolución francesa..." cit., pgs. 42-49.

pías actividades de los particulares, con las cuales son ordinariamente intercambiables...". Es en esta enorme actividad que desarrolla a través de sus funcionarios, donde la Administración no quiere interferencias retardadoras, entorpecedoras, del poder judicial; es por ello por lo que obstaculiza su intervención: precisamente por la consideración que tiene de la importancia de sus actividades.

El criterio, ya en un ámbito meramente pragmático (y desde luego despojado de las características señaladas para la Administración), puede hacerse extensivo para las otras funciones públicas: tampoco el legislativo quiere intervenciones extemporáneas de los jueces, ni el judicial de sus propios miembros sobre los que actuaron.

D) El que las conductas de los funcionarios al desempeñar las funciones públicas, se examinen desde la óptica de su relación con el Estado (en cuanto actividades de éste), tendrá una singular trascendencia cuando se plantee la cuestión de su castigo caso de ser incorrectas, pues entonces merecerán tal calificativo cuando no se adecúen a lo deseado por el Estado. Es decir, situado el funcionario como puente de unión entre el Estado y los ciudadanos, tiene una relación con el primero y establece relaciones con los segundos; desde la perspectiva apuntada merecerán castigo las conductas de los funcionarios que violen la primera, presumiéndose que con ello han alterado las segundas, sin interesar si realmente las han perturbado. La cuestión es importante, pero más grave aún es la de si tal planteamiento resulta un instrumento útil en el caso contrario (suponiendo que éste pueda darse): cuando se violan las relaciones con los ciudadanos sin que ello implique alteración de la relación funcionario-Estado.

4. Comprobación en MONTESQUIEU y en la teoría de división de Poderes.

Como antes he indicado, la segunda de las direcciones doctrinales señaladas por TAGLIARINI como motivo de la autonomía de los delitos contra la actividad del Estado respecto de los de lesa majestad, al influir en la codificación, momento en que, según este autor, se produce dicha autonomía, es la "del Estado de derecho y democrático, ligada, tradicionalmente, a los nombres de Montesquieu y de Rousseau".

Esta operación se realiza, según el autor italiano, de la siguiente manera (514):

Globalmente, se puede decir que la señalada corriente doctrinal influye en la sistemática de los delitos contra "la cosa pública", en tanto que incide sobre la estructura político-jurídica del organismo estatal y contribuye a la nueva definición, en términos políticos y jurídicos, de la potestad soberana y de la modalidad de su concreto ejercicio. Renunciando a entrar en la discusión sobre la conciliabilidad de las tesis de Montesquieu con la afirmación de la soberanía popular hecha por Rousseau, el hecho cierto es que la tesis de la separación de poderes y la del principio democrático, tuvieron una gran influencia en la formación estructural de los Estados modernos, así como en la copiosa obra constitucional coetánea y posterior a la revolución francesa (515).

Más en concreto, la referida actuación de dicha co-

(514) Cfr. TAGLIARINI. "II concetto..." cit., pgs. 42-49.

(515) Cfr. TAGLIARINI. ob. cit. pgs. 44-45.

rriente doctrinal sobre la diferenciación de los "delitos contra la cosa pública" respecto de los crimina le-
sa majestatis, opera de la siguiente manera:

El principio de separación de poderes significa, por una parte, una instancia para garantizar las libertades civiles y políticas contra los excesos del poder de la monarquía absoluta, a través de la atribución de los poderes estatales (ejecutivo, legislativo y judicial) a tres órganos distintos (rey, parlamento y magistratura) e independientes entre sí; pretendiendo dicho principio, por otra parte, ofrecer un criterio de diferenciación objetiva entre éstos poderes, lo que lleva a analizar el contenido exacto y función de cada uno de ellos, así como a precisar las modalidades de su ejercicio.

De esta manera, el antiguo "principio de unidad e indivisibilidad de la soberanía" se sustituye poco a poco por "un concepto institucionalmente articulado" de la misma, que lleva a "diferenciar el concepto mismo de soberanía del conjunto de las funciones estatales, que, en el concreto estar y vivir del Estado, realizan el principio soberano". De otro lado, la afirmación rusoniana de que la soberanía reside en el pueblo, sitúa en un segundo plano el dogma de la soberanía exclusiva del monarca, sobre el que se basaba, al final del medioevo, la prerrogativa de castigar por delitos de lesa majestad.

En consecuencia, una vez caído el dogma de la "sobrana majestad", que llevaba a entender hecha al príncipe toda ofensa causada al Estado (y viceversa), se abre la vía para una lenta y gradual sistematización orgánica de los llamados crímenes de Estado, distinguiéndose, en los diferentes códigos, las conductas dirigidas a destruir o poner en peligro la soberanía del Estado, de aquellas dirigidas solamente a obstaculizar el funcionamiento de las singulares funciones, cuales la administración públi

ca o la administración judicial.

Ello se puede comprobar, subraya TAGLIARINI, especialmente en el código penal francés de 1810. De igual manera, esta distinción se refleja en los códigos preunitarios italianos.

Sin embargo, esta orientación sistemática no debe, en absoluto, considerarse "como una dirección de cambio global de las incriminaciones de lesa majestad", ya que si bien "se manifiesta significativamente reformadora sobre el plano de la sistemática de los códigos, paralelamente deja sobrevivir entre las imputaciones (especialmente contra la seguridad del Estado) parte de la indeterminación de las conductas y de la extrema ejemplaridad de las penas", lo que "es propio de la tradición penalista anterior a la revolución francesa" (516).

A) En mi opinión, la tan citada dirección doctrinal no es en sí causa determinante de la diferenciación de los delitos de lesa majestad y los delitos contra la actividad del Estado. Con ésto, sin embargo, no ignoro que coadyuva eficazmente a ella. Mas, en realidad, todo se reduce a una general operación lógica, de ordenación (sistematización), que no habría necesitado de la teoría de la división de poderes y la tesis de la soberanía popular para haber sido llevada a cabo en cuanto tal operación de reestructuración. Lo necesario era la posibilidad de distinguir entre un objeto generador de actividades (llámase rey, Estado o cada uno de los poderes independientes entre sí) y tales actividades, para comprender que no es lo mismo atacar directamente al primero que atacarlo a

(516) TAGLIARINI. ob. cit. pgs. 45-49

través de la incorrecta realización de sus actividades: en el primer caso, las normas penales tomarán como inmediato objeto de protección a esa entidad; en el segundo, la actividad desarrollada por la misma se convierte en el inmediato objeto de protección, lo que ocurre es que se convierte en tal en la medida en que se considera protegible el punto de horizonte en el que convergen dichas actividades. Ello, en cuanto operación, insisto, en cuanto que los elementos que la hacen abstractamente realizable ya existían, habría sido posible en el Antiguo Régimen, en el que se puede distinguir, y de hecho se distingue, entre el Estado (el rey) y las actividades desarrolladas por éste; es más, conforme espero haber demostrado, en España, aún dentro de la mescolanza de delitos propia de las leyes penales de la época, no hay una confusión de los dos datos. En mi opinión, lo que propicia la tantas veces aludida corriente doctrinal es la aparición de las concretas posibilidades de llevar a cabo la referida operación.

Al racionalismo, que también propiciará la teoría de la división de poderes, se debe la codificación y a ella la neta distinción entre las dos clases de delitos a los que me vengo refiriendo, pero no la distinción misma, que ya late, con perfiles más o menos acusados según el lugar y la época, en la situación anterior (517).

(517) Dice MEREU ("Storia"... cit. pg. 170), hablando de la estructura social a partir del siglo XVI: "Por una parte el Estado monárquico "nuevo" que surge de la superposición de la sociedad feudal y que, dejados de lado los fraccionamientos y los particularismos antiguos, se constituye y funda en potencia sobre una administración centralizada con un ejército nacional, con toda una propia capilar organización de funcionarios que dependen solamente del monarca y que sólo de él toman órdenes."

B) Ahora bien, inaugurada por la Ilustración una nueva concepción política y jurídica, cuya ideología materializará la Revolución francesa (518), esta concepción se va a transportar a la operación de referencia. Ello va a tener singular trascendencia en los delitos contra el Estado (herederos directos de los de lesa majestad), que, en parte, transformarán su contextura.

En efecto, si, siguiendo a GARCIA DE ENTERRIA (519), esquemáticamente determinamos como elementos constitutivos de la ideología acabada de aludir, al "principio de legalidad", la "idea de libertad" y la "concepción concreta de la estructura y función del Estado", y tenemos en cuenta que el primero "constituye, desde luego, un instrumento directamente lanzado contra la estructura política del Estado absoluto: frente al poder personal y arbitrario, el ideal del gobierno por y en virtud de las

... Es el caso de Francia, Inglaterra y España. Estas monarquías no están ya a la merced de los feudatarios, tienen una potencia propia y una fuerza propia..."

Aparte lo anterior, aducir a MONTESQUIEU con pretensiones mayores que las que he señalado en el texto en punto a su singular influencia en la transformación del derecho penal, no me parece correcto (más matizaciones habría que hacer respecto a los utilizadores de la obra del autor francés). Precisamente, la opinión que sustento cuadra perfectamente con la que expresa TARELLO al tratar del significado del pensamiento penal de MONTESQUIEU (v. TARELLO. "Storia de la cultura giurídica moderna". Vol. I. cit., pg. 458).

(518) Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, "Revolución francesa..." cit., pgs. 9-10

(519) ob. cit. pg. 10.

leyes" (520); que por la idea de libertad ("o de constitución del orden social por concurrencia") se llega a la conclusión de que "todo el fin del Estado se concreta... en el Derecho, y en un Derecho cuyo objeto se reduce a asegurar la coexistencia de las libertades de los súbditos" (521); y, finalmente, que la estructura y función del Estado se basa en el principio de división de poderes "que es, antes que una técnica estructural de ordenación de órganos, una idea exacta del contenido del Estado desde el punto de vista sustancial" (522); y, si consideramos con MUÑOZ CONDE (523) "el Derecho Penal como una parte y un reflejo a su vez de un contexto social mucho más amplio", de manera que, invirtiendo los términos empleados por este autor, se puede afirmar que "el cambio de la situación política, económica y social" que condiciona al Derecho Penal supone "el cambio del Derecho Penal" (524), llegaremos a la conclusión de que en los códigos penales de la época los delitos referidos al Estado debieran estar repercutidos de la nueva ideología.

Y así es. Al lado de preceptos heredados (si que modernizados) aparecen los nuevos tipos dirigidos a proteger la supremacía de la ley, los derechos individuales

(520) GARCIA DE ENTERRIA, ob. cit. pg. 10.

(521) GARCIA DE ENTERRIA, ob. cit., pg. 19.

(522) GARCIA DE ENTERRIA, ob. cit., pg. 22.

(523) "Introducción al Derecho Penal", cit., pg. 7.

(524) V. también, Gonzalo QUINTERO OLIVARES, "Represión penal y Estado de Derecho, Barcelona, Editorial Dí rosa, 1976, pg. 21.

y la división de poderes.

El Capítulo III, del Título I del Libro III del Código penal francés de 1810 es toda una demostración (525). También el Código penal español de 1822 queda impregnado de estas ideas; sin embargo, presenta alguna notable particularidad que conviene resaltar.

La supremacía de la ley se manifiesta, también aquí, a través de la protección de las atribuciones del órgano legislativo (artículos 193, 194 y 195 (526)); artículos que suponen una expresión más clara de la soberanía popular, en cuanto se considere a las Cortes como el órgano de representación del pueblo. Estos mismos artículos pueden estimarse también como protectores de la separación del poder legislativo respecto del ejecutivo y judicial; sin embargo, ello sería, desde una perspectiva general, en absoluto equiparable a la de los artículos 127 y siguientes del Código penal francés; de otro lado, no supone la separación del ejecutivo y judicial.

(525) Section I: Des crimes et des délits relatifs a l'exercice des droits civiques; Section II: Attentats a la liberté. Section III: Coalition des fonctionnaires. Section IV: Empietement des autorités administratives et judiciaires.

(526) Artículo 193: "Cualquiera que se arrogare alguna de las facultades que por la Constitución pertenecen exclusivamente a las Cortes, perderá los empleos, sueldos y honores que obtenga, quedará inhabilitado perpetuamente para obtener otros, y sufrirá en un castillo una prisión de diez años". Artículo 194: "Iguales penas se impondrán al Secretario del Despacho ó otra persona que aconseje al Rey para que se arrogue alguna de las facultades de las Cortes, y al que le auxilie para ello, autorizando sus órdenes, o ejecutándolas a sabiendas". Artículo 195: "Las propias penas sufrirá el que aconseje o auxilie al Rey para alguno de los actos que se prohíben por las restricciones -

En dos lugares de este Código de 1822 se ha querido ver la protección de esta separación:

En primer término, en el artículo 243, 1o. y 2o. (527), en el que se determina como objeto de protección, la separación de poderes manifestada en la no ingerencia del ejecutivo en determinados ámbitos del judicial (528).

... 2a., 3a., 4a., 5a., 6a., 7a., y 8a. del artículo 172 de la Constitución, ó para emplear las milicias nacionales fuera de las provincias respectivas sin otorgamiento de las Cortes".

(527) Cuyo correlato en el Código penal vigente son los artículos 178, 179 y 180. Entre los autores españoles que advierten aquí la protección de la separación de poderes v. RODRIGUEZ DEVESA, "Parte Especial" cit., pg. 632 y sgs., RODRIGUEZ RAMOS, "Libertades cívicas..." cit., pg. 193 y ss., y MUÑOZ CONDE. "Parte Especial" cit., pgs. 524 y ss. y 654.

Por idénticas razones a las apuntadas por RODRIGUEZ DEVESA ("Parte Especial" cit., pg. 633) respecto al actual artículo 181, en el que vé una protección a la separación del legislativo de los ejecutivos y judicial, se vería en este 243 del Código de 1822, ahora en sus apartados Tercero y Quinto, idéntico bien jurídico.

(528) Términos que vienen a sustituir a los de la rúbrica, ambigua respecto al punto en examen, que el Código de 1932 (manejo la "Ley de 27 de octubre de 1932 promulgando el Código penal de 1870 Reformado con arreglo a la Ley de Bases de 8 de septiembre de 1932", 1a. ed. oficial, Madrid, Editorial Reus S.A., 1932) da a la Sección 2a. del capítulo II del Título II del Libro II: "De los delitos cometidos por los funcionarios públicos con infracción de los deberes constitucionales". Sin embargo, la intitulación del aludido capítulo en que se enmarca esta sección ("De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados en la Constitución"), clarifica el tema, decantando la opción en el sentido que he señalado en el texto. De otro lado, también la Exposición de Motivos de este Código Penal de 1932 apoya esta opinión: "Bajo el más exten

Estas normas responden, más bien, a la aludida "idea de libertad" que al principio de división de poderes; no se pretende, pues, garantizar con ellas tanto una correcta actuación de los poderes del Estado cuanto un derecho de los ciudadanos.

La cuestión es transcendente, pues justifica la inclusión de estos preceptos en esta parte del Código, en lugar de su transporte a aquel lugar donde se protege la función pública (529). Hacerlo así, al estilo del código

... so título de "Delitos cometidos por los funcionarios públicos con infracción de los deberes constitucionales" se recogen los antiguos preceptos de la sección segunda, capítulo segundo, título segundo del Segundo libro del Código penal de 1870, pero se ordenan sus preceptos conforme a la nueva estructura de la Constitución republicana y se crean garantías de situaciones jurídicas nuevas o derechos individuales más desenvueltos que en la ley constitutiva de la monarquía". Más aún, refiriéndose a la sección 3a. de idéntico capítulo, título y libro ("Delitos relativos a la libertad de conciencia y al libre ejercicio de los cultos"), dice la citada Exposición de Motivos: "Aunque la libertad de conciencia es un derecho individual más, y así figura en la Constitución republicana, como aparecía en la de 1869, en que se basó el Código penal de 1870, este Cuerpo de leyes punitivas dotó la autonomía a los "delitos relativos al libre ejercicio de los cultos" en la sección tercera del capítulo y título citados. No sólo para conservar las paredes maestras del Código de 1870, sino para hacer más patente la importancia de estas infracciones en un país radicalmente intolerante, hemos mantenido esta sección separada de las garantías penales de los restantes derechos del hombre". Habida cuenta de esto último reproduciendo, respecto de la sección 3a., de lo antes señalado para la 2a., de la rúbrica de la sección 1a. ("Delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución") y de que la 4a. y última sección de este capítulo es una "Disposición común a las tres secciones anteriores", debe concluirse que todo el capítulo se dedica a la protección penal de los tantas veces aludidos derechos individuales.

de 1848 (530), significaría rebajar la esencia del bien jurídico contemplado, en una operación que cuadra muy bien al calificativo de "autoritario liberal" que da -

...

(529) Esta última es la propuesta de RODRIGUEZ RAMOS ("Libertades cívicas..." cit., pg..211). QUINTANO (Compendio..." T.II cit., pgs. 29-31) parece apuntar en la dirección que mantengo en el texto: "Así como los delitos de los particulares de la Sección primera del Capítulo II del Título II... constituyen un ejercicio abusivo de los derechos de la persona, los de los funcionarios de la sección segunda... tienden a garantizar su buen uso por parte de las autoridades y funcionarios llamados a velar por ellos. Aseguran, pues, la libertad ciudadana en sus aspectos más capitales..." Sin embargo, no desarrolla después esta idea de modo homogéneo. En efecto: parte de señalar que "sobre la concordancia de la sección con el título VII" puede decirse que "si algo justifica la separación en lugares tan distantes, es precisamente la peculiaridad extrapersonal de los primeros, en que se desconoce un derecho individual político o se altera el normal desenvolvimiento de los poderes del Estado, lo que es extraño o indiferente a las tipologías del Título VII..."; con lo que incurre en un doble error; por un lado, pensar que en los tipos del título VII es exigible siempre "un interés personal" por parte del funcionario, lo que es falso respecto a alguno de ellos, por ejemplo, la prevaricación, en el plano de la descripción legal (el castigo de las versiones culposas no deja lugar a dudas), si bien en la realidad lo normal será la presencia de tal interés, y, por otro, pensar que a dicho título VII es "extraño o indiferente" el "Normal desenvolvimiento de los Poderes del Estado", siendo así que, precisamente, es a garantizar el mismo, en su versión de funciones, a lo que tienden todas las normas en él contenidas. Más adelante afirma que los hechos a que se refiere el artículo 178 "constituyen un atentado contra el sistema de separación y soberanía de los Poderes del Estado"; con lo que, en suma, confunde la idea de libertad con el principio de división de poderes, ignorando que con la primera se adopta una perspectiva orientada desde los ciudadanos al Estado, mientras que en el segundo se mira desde el Estado a los ciudadanos.

(530) Artículos 291, 292 y 293, dentro del Capítulo VIII

ANTON al código de 1848 (531), y con "la concepción semi autoritaria imperante en el Estado" cuando se dictó dicho texto legal, a la que se refiere el propio autor en otro lugar (532). Precisamente, del Código de 1870, que acabaría con la operación de trasvase al situar, de nuevo, estos tipos entre los delitos contra los derechos individuales, se dice que es de "inspiración política... netamente liberal, lo cual se advierte en el nuevo título de los delitos contra la Constitución y especialmente en la protección de los derechos individuales" (533).

... (Abusos contra los particulares") del Título VIII ("De los delitos de los empleados públicos...") del Libro II, en el que se sitúan no sólo éstos sino también la protección a los demás derechos individuales considerados por el Código.

(531) ANTON ONECA, "Parte General" cit., pg. 62; también en "El Derecho Penal de la postguerra" en "Problemas actuales de derecho penal y procesal", Universidad de Salamanca, 1971, -pgs. 161-174, pg. 161; un juicio más benévolo la merece en "Los antecedentes del nuevo Código penal", Biblioteca de la "R.G.L.J.", XLI., Madrid Editorial Reus (S.A.) 1929, pgs. 6-9. En el mismo sentido de los dos primeros textos citados, v. BARBERO ("Principios político-criminales del sistema punitivo español desde el Código de 1848", en "Criminalia", no. 3 y 4, Marzo-Abril de 1974), para quién el Código de 1848 tiene "un marchamo autoritario indudable" (pg. 177), y detecta en la reforma de 1850 "una coloración más nítidamente "autoritaria" todavía que el texto del 48" (pg. 181). Para ANTON, "la reforma de 1850 fué reaccionaria" ("Los antecedentes..." cit., pg. 9).

(532) José ANTON ONECA, "El Código penal de 1848 y D. Joaquín Pacheco", Separata del ADPCP, Madrid Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1965, pg. 490.

(533) CEREZO, "Curso..." cit., pg. 117. En el mismo sentido, v. ANTON, "El Código penal de 1870" en ADPCP, T. XXIII, Fasc. II, mayo-ag. 1970, pgs. 237 y ss. Ruperto LÓPEZ BARBERO, "La Reforma penal de 1870", cit., pg. 35 (nota 122)-36 y 43-45; y BARBERO, "Principios político-criminales..." cit., pg. 183.

El otro lugar del Código penal de 1822 en que se ha querido ver la aludida protección penal a la separación entre los poderes ejecutivos y judicial, es el artículo 505 (534), incluido en el Capítulo VIII ("De los funcionarios públicos que anticipan o prolongan indebidamente sus funciones, ó ejercen las que no les corresponden") del Título VI ("De los delitos y culpas de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos") de la Parte Primera de este Código. Artículo que cita GROIZARD (535) como concordante de los 204, 205 y 206 del Código penal de 1870 (536), en los que vé una protección del principio de división de poderes. En realidad, dicho artículo es el precedente de los 388 y 392 ("Usurpación de atribuciones") del Código de 1870(537)(538), más inmediatamente precedidos por los 298, 299 y 300 del Código penal

- (534) Dice este artículo: "Cualquiera de los referidos (funcionarios públicos) que a sabiendas exceda de las atribuciones de su empleo, cargo u oficio público, o ejerza otras de las que no le correspondan, será suspenso de todo cargo o empleo por dos meses a tres años, pagará una multa de cinco a seenta duros, y será apercibido; sin perjuicio de mayor pena si el exceso que cometa tuviere otra señalada. Si no lo hiciere a sabiendas, sino por descuido o falta de instrucción, pagará una multa de la mitad menos, y será reprendido y suspenso de empleo y sueldo por quince días a cuatro meses".
- (535) "El Código penal de 1870..." cit., T. III, pg. 443.
- (536) Que son precisamente los que se corresponden a los actuales 178, 179 y 180.
- (537) Artículo 388: "El funcionario público que invadiere las atribuciones del poder legislativo, ya dictando reglamentos ó disposiciones generales excediéndose de sus atribuciones, ya derogando ó suspendiendo la ejecución de una ley, incurrirá en la pena de inhabilitación temporal especial y multa de 150 a 1.500 pesetas".

de 1848 (307, 308 y 309 tr  s la reforma del 50) (539), con los que, tanto según GROIZARD para los primeros (540) como según PACHECO para los segundos (541), se protegen las esferas de actuación de la legislación, administración y jurisdicción contra las ingerencias de ellas mismas en las otras.

Habida cuenta del artículo 193 del Código penal de 1822, hay que concluir que el 505 de este mismo texto legal se limita a contemplar, aparte de los excesos de atribuciones dentro de la propia esfera (incompetencia), las ingerencias de la administración en la esfera de actuación de la jurisdicción, y las de ésta en las de aque

(538) Artículo 392: "El eclesiástico que requerido por el Tribunal competente rehusare remitirle los autos pedidos para la decisión de un recurso de fuerza interpuesto, será castigado con la pena de inhabilitación temporal especial.

La reincidencia se castigará con la de inhabilitación perpetua especial".

(539) Artículo 307 del C.p. de 1850: "El empleado público que dictare reglamentos o disposiciones generales excediéndose de sus atribuciones, será castigado con la pena de suspensión". Artículo 308: "El juez que se arrogare atribuciones propias de las Autoridades administrativas, o impidiera a éstas el ejercicio legítimo de las suyas, será castigado con la pena de suspensión.

En la misma pena incurrirá todo empleado del órden administrativo que se arrogare atribuciones judiciales, o impidiera la ejecución de una providencia    decisión dictada por juez competente".

Artículo 309: "El empleado público que legalmente requerido de inhibición continuare procediendo antes que se decida la contienda, será castigado con una multa de 20 a 200 duros".

(540) "El Código penal..." cit., Tomo IV, pgs. 227 y ss.

(541) "El Código penal... 2a. ed. cit., T. II, pg. 482.

lla; criterio que se refuerza si tenemos en cuenta la salvedad que el propio artículo 505 señala ("sin perjuicio de mayor pena si el exceso que cometa tuviera otra señalada").

Desde este punto de vista, y teniendo presente que en los artículos 204, 205 y 206 del Código penal de 1870 vé GROIZARD una protección a la división entre judicial y ejecutivo, resulta lógica la mentada opinión de este autor de que el artículo 505 del Código penal de 1822 es concordante con éstos del Código penal de 1870.

Sorprende, sin embargo, el criterio del Código penal de 1822 de ubicar en tan diferentes lugares los artículos que parece dedicar a preservar el principio de división de poderes; lo congruente habría sido, tanto por razones de homogeneidad cuanto, sobre todo, por razones de sistematización en atención al bien jurídico, situar ambos dentro del título "de los delitos contra la constitución y orden político de la monarquía", a la manera de los "empiétements des autorités administratives et judiciaires" del Código penal francés de 1810, incluídos entre los "Crímenes y delitos contra la constitución; y no introducir el artículo 193 en este Título Primero de la Parte Primera del Código penal de 1822, y el 505 en el Título VI dedicado a "los delitos y culpas de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos".

Manteniendo que este artículo 505 contempla el bien jurídico división de poderes, sólo una razón podría justificar, y ello parcialmente, su ubicación en este título VI: que dicha norma también abarca conductas de exceso de atribuciones dentro de la propia esfera (por ejemplo: juez de instrucción que conoce de materias reservadas a la Audiencia, o funcionario administrativo que dicta resolución cuya emisión corresponde a un superior), lo que ciertamente no supone conculcación de la división

de poderes, sino del correcto ejercicio de la correspondiente función. Ahora bien, y de aquí la solo parcial justificación, si el legislador del 22 quería incriminar estas conductas, no tenía por qué hacerlo conjuntamente con aquellas otras que suponen un transcendental cambio en orden al bien jurídico protegido. Una explicación basada en tan burdo error legislativo no parece que sea razonablemente aceptable.

Opino que, en realidad, hay una explicación más profunda: el artículo 505 no se dirige a la protección de la correcta realización de las funciones, por un lado, y de la división de poderes, por otro, sino que, homogéneamente, protege en todos los casos a las primeras. En otras palabras, en el artículo 505 del Código penal de 1822 se manifiesta ya el entendimiento de la Administración y la Jurisdicción no como Poder Ejecutivo y Poder Judicial, sino como función administrativa y función judicial.

La cuestión es transcendente: supone una manifestación clara de la mala copia que el pensamiento continental hace de la realidad inglesa de la pluralidad de los poderes" (542); parafraseando a GARCIA DE ENTERRIA (543), se puede decir que aquí Administración y Jurisdicción se entienden como "elementos parciales de una realidad superior, el Estado, según las ideas más o menos rústicas del monarquismo continental"; no "tienen sustantividad independiente", sino que aparecen "interiorizados" en una "unidad superior".

(542) GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." C.I. cit., pgs. 23 y sgs.

(543) "Curso..." T. I. cit., pg. 23

En realidad, este criterio, presente en el Código penal español de 1822, se encuentra también en el francés de 1810, cuya Sección II del Capítulo IV del Título I del libro 3o., intitulada "De la forfaiture et des crimes et des délits des fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions", amalgama las conductas de los funcionarios administrativos y judiciales (544) contrarias a una "función pública", en muchos casos indiferentes en cuanto atribuida no a cada uno de los pretendidamente independientes poderes ejecutivo y judicial, sino a una entidad superior en la que ambos convergen: el Estado, es decir, como emanación de éste, en un evidente continuismo de la "tradición absolutista del continente, que unificaba todas las funciones públicas subjetivamente en el monarca", tradición que "ha tendido a ver en el con

-
- (544) Adviértase que los pertenecientes (según el concepto penal de funcionario) al legislativo, quedan excluidos por razón de su inmunidad en lo que concierne a los actos de función; a este respecto, decía ya GROIZARD ("El Código penal..." cit., Tomo IV, pg. 234): "Lo primero que á la vista salta es que contra el Poder legislativo no haya sanción, cuando en vez de invadido se convierte en invasor. Pero esta desigualdad es una lógica consecuencia de su naturaleza y del ejercicio de la soberanía. Al hacedor de las leyes, los Tribunales no pueden aplicar las penas de las leyes. La Constitución del Estado establece la independencia de todos los Poderes y determina bien el alcance de su competencia. El Poder legislativo, como todos los Poderes Públicos, obligado está a observar los preceptos constitucionales; pero si a ellos falta, como el ejercicio de la soberanía reside en las Cortes con el Rey, no hay ley sustantiva ni adjetiva adecuada para poder exigirle la responsabilidad de sus excesos. Si en lugar de obrar dentro de los límites marcados en la ley fundamental, los traspasa, no hay medio legal de resistir sus usurpaciones. Sólo ante la opinión pública, sólo ante la soberanía nacional y los fallos de la Historia, el Poder legislativo es responsable".

cepto de Estado un sustituto abstracto de ese centro sub_jetivo único (545).

A ello ha coadyuvado, sin duda eficazmente, la fuer_za expansiva de la Administración que, tal como surge por la "disidencia revolucionaria", va a marcar no ya la división sino la separación respecto a los otros dos poderes, pero no realizará la operación inversa, sino que, por el contrario, se va a introducir en sus respectivos campos arrogándose capacidades juzgadoras y de creación de normas no sólo ejecutivas sino autónomas (546). Al

(545) GARCIA DE ENTERRIA. "Curso..." T.I. cit., pg. 25.

(546) Cfr. GARCIA DE ENTERRIA. "Revolución francesa..." cit., pgs. 39 y ss.

La cuestión, como es obvio, va más allá de un plan_teamiento meramente jurídico. Dice POULANTZAS ("Poder político y clases sociales en el Estado capitalista", traducción de Florentino M. Torner, 4a. ed. en español, Madrid, siglo XXI de España editores" S.A. 1972, pg. 397; los subrayados en el original): "... a pesar de la declaración de separación de los poderes, más particularmente del poder legislativo -parlamento- y del poder ejecutivo, puede comprobarse que el Estado capitalista funciona como unidad centralizada, organiza da partiendo del predominio de uno de esos poderes sobre los otros. En realidad, esta distinción entre lo legislativo y lo ejecutivo no es una simple distinción jurídico-formal, sino que co_rresponde a la vez a relaciones precisas de las fuerzas políticas y a diferencias reales en el funcionamiento de las instituciones del Estado, lo que sin embargo, importa por el momento es re_tener que, al contrario de una concepción de reparto, multicentrista y equilibrado, del poder interno del Estado, siempre se puede descifrar el predomi_nio característico de uno de esos poderes, del que constituye la instancia principal de la unidad del Estado. Esta instancia -por regla general el ejecutivo o el legislativo- constituye así el pun_to nodal en que se concentra, dentro de la organi_zación compleja del Estado, el poder instituciona_lizado unitario, que refleja el índice de las re-

... laciones internas de subordinación por delegación de poder, de los diversos poderes del Estado, en el 'poder' predominante, que constituye el principio de unidad del poder del Estado".

Debe también advertirse que si ciertamente la Administración, el ejecutivo, a través de la "disidencia revolucionaria" va a quedar extraordinariamente fortalecido, provocando la fijación de un rígido límite al judicial frente a su actuación y la penetración, por el contrario, en parcelas propiamente judiciales, y, con ello el rechazo de buena parte de la doctrina de MONTESQUIEU, no menos cierto es que tal protagonismo encontraba otro apoyo directamente en el pensamiento de este autor, pues, como ha resaltado ALTHUSSER ("Montesquieu..." cit., pgs. 124-125) para MONTESQUIEU está absolutamente excluida la idea de que "el legislativo pueda usurpar los poderes del ejecutivo, lo cual consumaría, de por sí y en el instante, la pérdida de la monarquía en el despotismo popular. Sin embargo, lo contrario no es verdad. Montesquieu admite que la monarquía podría subsistir e incluso conservar su moderación, aunque el rey detentara el poder legislativo, además del ejecutivo. Pero si el pueblo es príncipe, todo está perdido" (subrayados en el original). Como señala TORRES, siguiendo al autor acabado de citar, y entroncando con una línea de interpretación que data de HELVECIO Y CONDORCET, "La composición y funciones del poder legislativo, el más importante en el esquema de Montesquieu, habría supuesto, de haberse cumplido el mismo, el gobierno del estamento nobiliario" ("Ética y Poder", Madrid Ediciones Azagador, 1974, pg. 103).

El ostentoso protagonismo de uno de los poderes (en realidad, ya no uno de los poderes, sino el poder que funcionaliza a los otros dos), se manifiesta no sólo en el continuo acrecer de sus competencias, en detrimento de los otros dos, sino, más sibilinamente, de forma ocasional, en transmitir a éstos, según conveniencia para la propia imagen, alguna de las competencias que sí le corresponden (por lo menos en ausencia del órgano auténticamente competente). De esta manera, no sólo se parte de una situación de no poderes, sino que, incluso, se desvirtúan las funciones. Ejemplo característico es (y aquí la ocasión consiste en la etapa de la "reforma política" en la que su protagonista, el ejecutivo, quiere presentar la mejor imagen posible, mostrando, como ha dicho GARCIA-PABLOS, "la necesaria "neutralidad" del Gobierno (neutralidad en lo conflictivo, odioso, claro)", el R.D.L. 12/1977 de 8 de febrero que endosó al Tribunal Supremo la labor de legalización de algunos partidos políticos (arts. 1, 2 y 3). Ello

punto de que se llegará a difuminar, en una operación que entronca con el absolutismo estatal, los límites de los poderes (547).

... supone, según ha resaltado el citado GARCIA PABLOS en una serie de artículos periodísticos sobre el tema, un paso más en "el proceso de desnaturalización, de desvirtuación, de las funciones que a uno y otro (ejecutivo y judicial) competen" ("La legalización de los partidos políticos: salidas a un problema". V. también, del mismo autor: "Asociaciones ilícitas en el Código Penal", Barcelona, Bosch Casa Editorial S.A., 1977, pgs. 206-217; y BARBERO, "Política y Derecho Penal en España, Madrid, Túcar Editores, 1977, pgs. 112-114).

(547) Con terminología equívoca, dice BENEYTO que "la división de poderes se diluye ante el alto nivel del poder del Estado y la amplitud de ese mismo poder deteriora los derechos considerados como fundamentales de la persona; igualmente se cuartea el Estado de derecho al ir faltando la jerarquización de las disposiciones legales y al abandonarse el control judicial de los actos de la Administración" ("El Estado como respuesta al cambio social" en R.E.Pl. no. 203, Sept- Oct. 1975, pg. 12.

Con las críticas hasta ahora expresadas no pretendo apoyar la idea de implantación de un sistema de rigurosa separación de los poderes, sino simplemente indicar cómo el deterioro del concepto que de éstos se tenga, llega al punto de entenderlos no ya como poderes, sino como funciones, lo que es propio de un Estado absoluto o totalitario. El sistema de separación rígida de los poderes se ha ~~mostrado~~ históricamente impracticable, provocando, como a continuación se dirá, un nuevo planteamiento ya no en términos de separación sino de equilibrio (v. TAGLIARINI, "Il concetto..." cit., pgs. 91-107; v. también: Elías DIAZ, "Estado de Derecho y sociedad democrática", cit. pgs. 32-35), pero sin que por ello los poderes pierdan su condición de tales y se degraden a funciones. Ciertamente, sin embargo, que si tal "equilibrio" de los poderes degenera en "subordinación" de los demás a uno de ellos (degeneración que en la práctica es difícilmente evitable) o si los mecanismos en que tales poderes se concretan se encuentran dominados por una clase social, la situación de opresión también existirá. No está de más, creo yo,

Lo que llevará a la doctrina a replantearse el tema y llegar a la conclusión de que hay que "considerar de manera no rígida el problema de la atribución de dichas funciones a los distintos poderes del Estado, y conferir a la misma distinción de las funciones un significado más relativo que consienta una interpretación no ya en -

... traer aquí la opinión de BACHOF, cuando, desde una perspectiva interior al sistema, se refiere a los problemas que respecto al principio de división de poderes puede plantear el "poder de los jueces en en ámbito de la Ley Fundamental de Bonn" (pg. 15), la limitación que por dicha ley constitucional se impone a legislativo y ejecutivo a través del judicial; dice este autor: "No existe ningún esquema patentado de división de poderes que pueda funcionar en todas las épocas y bajo los más diversos su puestas sociales. El sentido de la división de po deres es impedir la concentración de poder, y con ello, un posible abuso del mismo. Depende de las condiciones sociales y políticas concretas de una época y de un pueblo el que se pueda alcanzar mejor ese fin mediante una estricta separación y di visión de poderes o mediante un engranaje y una su jección recíproca de los titulares de los mismos. En el Estado social moderno, el carácter necesario que en general tiene el Estado para el hombre, la casi total dependencia de éste frente al aparato estatal exige correlativamente un control total de este aparato. Precisamente desde el punto de vista de la división de poderes, la limitación de poder que experimentan el Parlamento y el Gobierno mediante el control judicial se sitúa sólo como una corrección necesaria, como un humilde intento de restablecimiento del equilibrio frente al constante aumento de poder que el Legislativo y el Ejecutivo han experimentado en las últimas décadas, a causa del crecimiento de sus funciones y de la deseparación de antiguos factores de sujeción..." (Otto BACHOF, "Jueces y Constitución", trad. de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, Taurus Ediciones S.A., 1963, pgs.50-51). El fundamental condicionamiento de la teoría del "equilibrio", es la incidencia sobre éste de fuerzas sociales insusceptibles de ser clasificadas en la tripartición clásica: así, grupos económicos, partidos, sindicatos, etc... (V., STORTONI. "L'abuso..." cit, pgs. 137-141, y la bibliografía allí citada).

términos de "exclusiva" atribución, sino más bien de "prevalente atribución" (548). Esta "llamada teoría de la "prevalencia"... ya presente en el comienzo del siglo, ha tenido sobre todo aplicaciones en las constituciones posteriores al segundo conflicto mundial" (549).

C) El criterio referido, visible, como ya he dicho, en el código penal de 1822, va a quedar consumado en el de 1848: las ingerencias de ejecutivo y judicial en la órbita del legislativo, contempladas en aquel dentro de los delitos "contra la constitución y el orden político de la monarquía", se transplantan definitivamente (550) al título de "los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos"; tienen, además, sus términos suficiente amplitud como para abarcar determinadas ingerencias de funcionarios administrativos en las facultades de sus superiores (no ocurre lo mismo respecto del judicial). A su lado se sitúan las "arrogaciones de atribuciones" del judicial sobre la administración y de ésta sobre aquel (artículo 308). Por si pareciera poco, también se realiza el aludido transplante de los delitos conectados con los derechos individuales a este mismo título, incluidos

(548) TAGLIARINI, "Il concetto..." cit., pg. 99.

(549) TAGLIARINI, ob. cit. pg. 99, nota 46. Ahora bien, esta teoría del "equilibrio" para que pueda resultar mínimamente aceptable, no puede plantearse en los términos pensados por MONTESQUIEU. Porque, ciertamente, en MONTESQUIEU está ya ínsita la idea no de división (menos aún de separación) de poderes, sino la de "equilibrio" de las potencias que se reparten el poder", como ha demostrado ALTHUSSER ("Montesquieu..." cit., Cap. V. pgs. 117 y ss.) sobre la tesis de EISEMANN del "mito de la separación de poderes" y la existencia en el pensamiento de MONTESQUIEU no de "separación, sino de combinación, de fusión y enlace de los poderes" ("Montesquieu..." cit., pg. 121; los subrayados en el original).

(550) Ya no se moverán de ahí, excepto en el Código de 1928 en el que se omite toda referencia a invasio-

aquellos en los que se señala la protección de la división de poderes. Por lo demás, en ninguno de estos artículos se utiliza la expresión "Poder", como tampoco en los aludidos comentarios de PACHECO (551); finalmente, en el artículo 332 (331 del Código penal de 1850) (552), se da una definición de "empleado público", según la cual, como señala COBO (553), "lo que da rango de "empleado" es el desempeño de un cargo público, con lo que la definición legal es amplia en extremo", ésto es, como dice TAGLIARINI al referirse a la definición de funcionario público en el proyecto Vigliani del que después sería Código penal de 1889, se otorga "la cualidad de funcionario público a todo sujeto investido de funciones públicas, sin referencia específica al ramo de la organización estatal al que el sujeto pertenezca" (554); PACHECO confirma este criterio: "... la palabra empleado tiene más lata significación. Todo el que ejerce funciones, todo el que desempeña el cargo público en la sociedad entra o puede entrar aquí dentro de aquella esfera" (555).

El mayor liberalismo que supone el código de 1870 respecto a su precedente, se detecta especialmente, como

... nes de la esfera ejecutiva por funcionarios de las otras dos; también aquí las condiciones políticas en que nace el Código penal, explican esta ausencia.

(551) "El Código Penal..." cit., T.II, pg. 482.

(552) Artículo 331 del C.P. de 1850: "Para los efectos de este título se reputa empleado todo el que desempeña un cargo público, aunque no sea de Real nombramiento, ni reciba sueldo del Estado".

(553) "Examen crítico..." cit., pg. 220; el subrayado en el original.

(554) "Il concetto..." cit., pg. 59.

(555) "El Código Penal..." cit., T. II, pg. 393.

queda dicho, por la devolución que hace de los delitos últimamente aludidos a su primitivo lugar. No ocurre lo propio, en cambio, con la "Usurpación de atribuciones" que, junto a los "nombramientos ilegales", conformará el Capítulo VII del Título dedicado a "los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos" (556). En este Capítulo VII, aparte la inclusión de los nombramientos ilegales, se añaden los artículos 391 y 392 (557), permaneciendo invariados los 389 y 390 respecto a sus precedentes 308 y 309 del Código del 48 (299 y 300 del código penal de 1850). En cambio, el artículo 388 presenta alguna notable diferencia en relación al 307 (298 en el texto del 50) del código de 1848: en primer lugar, se exige que el funcionario público invada "las atribuciones del Poder legislativo"; en segundo término, se introduce como nueva modalidad de conducta el derogar o suspender la ejecución de una ley.

-
- (556) Carece de la más elemental lógica el distanciamiento de los artículos 204, 205 y 206 del 389 si se piensa que con ambos se protege idéntico bien jurídico (la separación de los poderes ejecutivo y judicial), cuando se opera sobre un texto (Código de 1848-50) que los preveía reunidos en un mismo título. Tan burda operación tampoco puede aceptarse razonablemente. Más bien, entonces, habrá que pensar que no se contempla igual bien jurídico por todos ellos; y situándose los primeros en la Sección 2a. ("De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución") del Título II ("Delitos contra la Constitución") del Libro 2o. de este Código de 1870, y precisamente al lado de otros delitos en los que nadie duda que el objeto de protección son dichos derechos individuales, éste será también el bien jurídico protegido por las normas contenidas en los mencionados artículos 204-206, contemplando, en cambio, las de los 388 y ss., la separación de funciones.
- (557) Artículo 391: "Los funcionarios administrativos ó militares que dirigieren órdenes ó intimaciones a una autoridad judicial, relativas a causas o negocios

A los efectos de la presente investigación, es la primera innovación la que interesa. Sobre que, al exigir se la invasión del Poder legislativo, ya no caben aquí los excesos de atribuciones dentro de la propia esfera administrativa o judicial, sino que es preciso que funcionarios de éstas se ingieran en la legislativa, por primera vez se utiliza la expresión Poder legislativo. Por su parte, GROIZARD entiende que el presente capítulo está destinado a tratar de la perturbación de "la marcha armónica de los Poderes públicos" (558), lo que concreta, para el artículo 388, en el sentido de que con él el legislador cuida de "poner el Poder legislativo al abrigo de las invasiones poco frecuentes del Poder judicial y de las invasiones más fáciles y sensibles del Poder ejecutivo, al establecer las sanciones tutelares de la división de Poderes establecida en la Constitución del Estado" (559);

... cio cuyo conocimiento ó resolución sean de la exclusiva competencia de los Tribunales de justicia, incurrirán en las penas de suspensión en sus grados mínimo y medio y multa de 250 a 2.500 pesetas". Vid. artículo 392 en nota 538.

(558) "El Código Penal..." cit., Tomo IV, pg. 228.

(559) ob. cit. pg. 231. Ciertamente en los preceptos constitucionales a los que alude el autor se establece la división de poderes; en las Constituciones existentes durante la etapa de vigencia del Código penal de 1870, se hace alusión, de una u otra manera, a ello: la Constitución de 1869 establece en sus artículos 34, 35 y 36, respectivamente, que "la potestad de hacer las leyes reside en las Cortes", que "el poder ejecutivo reside en el Rey, que lo ejerce por medio de sus ministros" y que "los Tribunales ejercen el poder judicial" (más taxativamente aún, el proyecto de Constitución republicana de 1873 señala, en el artículo 45: "El poder de la Federación se divide en Poder legislativo, Poder ejecutivo, Poder judicial y Poder de relación entre estos Poderes", lo que concreta en los siguientes artículos diciendo: artículo 46, "El Po-

de otro lado, con respecto al artículo 389, manifiesta que "no sólo los funcionarios que ejercen el Poder ejecutivo y el Poder judicial están obligados a no traspasar el círculo donde el Poder legislativo se mueve, sino obligados están también a respetarse mutuamente, no invadiendo la respectiva esfera de sus atribuciones. Castigar la violación de esta clase de deberes es el objeto de este artículo" (560). En igual sentido se manifiesta VIADA respecto al capítulo y al artículo 388 (561), y menos claramente respecto al 389 (562).

Entiendo que, pese a los términos empleados en el artículo 388 (y sólo en este artículo) y a los comentarios doctrinales referidos, el Código penal de 1870 no materializa en su parcela las directrices constitucionales: se protege en él la actividad del Estado, no las actividades de cada uno de los singulares Poderes, éstos se examinan como funciones del Estado (563). A esta conclusión obliga,

... der legislativo será ejercido exclusivamente por las Cortes"; artículo 47: "El Poder ejecutivo será ejercido por los ministros"; artículo 48: "El Poder judicial será ejercido por jurados y jueces, cuyo nombramiento no dependerá jamás de los otros Poderes públicos"; y, artículo 49, "El Poder de relación será ejercido por el Presidente de la República"), mucho más difusamente, como corresponde al conservadurismo canovista, la Constitución de 1876 se refiere, en títulos distintos, a la "potestad de hacer las leyes" (artículo 18), "la potestad de hacer ejecutar las leyes" (artículo 50) y "la potestad de aplicar las leyes" (artículo 76). Menejo la "Colección de Leyes Fundamentales", Textos editados por Ramón SAINZ DE VARANDA, Zaragoza, Editorial Acribia, 1957, pgs. 290 (Constitución de 1869, arts. 32 y ss.), 337 (Proyecto de Constitución de 17-VII-1873, arts. 45 y ss.) y pgs. 371, 375 y 378 (Constitución de 1876, arts. 18, 50 y 76).

(560) GROIZARD, ob. cit. pgs. 233-234.

(561) "Código Penal reformado..." cit., T. II, pg. 615.

(562) ob. cit., pg. 621.

tanto la ubicación de los artículos 388 y ss. o, mejor dicho, su no traslado al título de los "delitos contra la Constitución", al estilo de los artículos 291 y ss. del Código penal de 1848; cuanto la rúbrica del título VII en que se sitúan; como el propio contenido de este título, en el que, en muchos casos, la función pública se examina de un modo indiferenciado, de manera que a su conculcación podrían concurrir funcionarios administrativos, judiciales o legislativos (564) (por ej., el cohecho, o las negociaciones prohibidas, etc...); como, finalmente, los términos del artículo 416 en el que se da la definición legal de funcionario público, haciendo recaer el peso de la posibilidad de atribuir tal calidad en la participación "del ejercicio de funciones públicas".

D) Paralela a la situación que vengo describiendo respecto a los Códigos penales españoles es la del Código penal italiano de 1889. Creo interesante para la presente investigación considerar brevemente este texto.

En los trabajos preparatorios de este Código, según TAGLIARINI, "no hubo... duda alguna respecto al mantenimiento de un título expresamente dedicado a los delitos contra la administración pública; en cambio "no hubo unanimidad... en el individualizar el exacto contenido y extensión del objeto tutelado" (565).

(563) Nótese que me refiero al planteamiento que hace el Código, otra cosa es una interpretación correctiva capaz de superarlo y de referir dichas normas, como hacen los autores citados y en anterior ocasión he indicado e intentado fundamentar, a la división de poderes.

(564) La inmunidad de éstos es posterior a la calificación penal que sus actos merezcan.

(565) "Il concetto..." cit., pg. 55.

Existen ya discrepancias respecto a lo que con el título se quiere proteger, mas la discusión fundamental a este respecto se polariza en torno a la definición de funcionario público, ya que para ella "el legislador debía examinar la relación entre la cualidad de funcionario público y la pertenencia del sujeto a la administración pública y, consiguientemente, debía identificar los límites del concepto de administración pública" (566).

Respecto a la cuestión del objeto tutelado por las normas del título se enfrentaron, en sede de informe previo, dos opuestas posturas: mientras que la "relación" ministerial entiende comprendidos las conductas que, genéricamente, se dirijan a alterar "el regular ejercicio de los Poderes públicos", la "relación" del Senado afirma que el Título pretende "tutelar el recto y libre ejercicio de la acción administrativa, la recta y libre acción del Gobierno en el ejercicio del Poder administrativivo". Con la primera opinión se sigue, pues, la tendencia que da al término "administración pública" un contenido amplio en el que se contienen, indiferenciadamente, todas las funciones estatales; con la segunda, en cambio, se concreta en torno al poder ejecutivo, con exclusión de los otros (567).

En cuanto a las posturas expresadas respecto a la definición de funcionario público, durante los trabajos preparatorios, la segunda comisión ("proyecto De Falco") propugna que sean "funcionarios públicos" quienes estén "investidos de la representación o del ejercicio de autoridad pública..., sea en el Gobierno o en la administración del Estado, sea en la administración de la provincia, del

(566) TAGLIARINI, ob. cit. pg. 57.

(567) Crf. TAGLIARINI, ob. cit., pgs. 55-56.

ayuntamiento, etc.", ésto es, la cualidad viene otorgada por la vinculación al poder ejecutivo. La primera comisión ("proyecto Vigliani"), en cambio, "excluye toda referencia respecto a la pertenencia a la administración pública y une la cualidad de funcionario público al "ejercicio de un encargo público", o bien -más claramente- a la titularidad de funciones públicas, sean éstas del Estado o de otro entre de derecho público. El proyecto Zanardelli-Savelli y el definitivo proyecto Zanardelli, adoptaron una fórmula intermedia, haciendo referencia conjunta al ejercicio de "funciones públicas en la administración del Estado, etc.", pero el rumbo fué definitivamente clarificado en sede de formulación del artículo 207 del código penal, con la supresión... del término "en la administración" y con la inclusión de la más amplia dicción "al servicio del Estado, etc." (568). En consecuencia, con las dos últimas posturas referidas y con la redacción definitiva del artículo 207, se sigue una concepción amplia según la cual se es funcionario público en la medida en que se ejercen funciones públicas, en general, sin determinar una específica.

Apoyándose en MOLINARI-TOSATI (569), concluye TAGLIARINI que si bien según el lenguaje común los términos "función pública" y "administración pública" pueden considerarse sinónimos, ello no es posible desde una perspectiva técnico-jurídica, conforme a la cual "función pública" es más amplio que "administración pública"; percatándose de ello, y en evitación de una interpretación restrictiva del

(568) TAGLIARINI, ob. cit. pg. 58.

(569) Geminiano MOLINARI-TOSATI, "Gli abusi commessi dai Deputati e Senatori nell'esercizio delle loro funzioni e la sanzione parlamentare" en R.P., vol. XXXVII, 1893, pg. 527, nota 70.

artículo 207, ZANARDELLI suprimió la expresión "en la administración" que en el proyecto estaba ligada a la de "funciones públicas" (570).

La doctrina de la época aparece dividida (571):

Para algunos autores la distinción entre delitos contra la seguridad del Estado, contra la administración pública y contra la administración de Justicia, se basa en la distinción de las tres distintas funciones estatales y se corresponde con cada una de ellas (572). A ello se añade, que la sistematización se debe también a que el legislador independiza en título separado los delitos contra la Administración de Justicia y distingue los contra la seguridad del Estado de los contra la administración pública en función de la diversidad que existe entre órganos administrativos (573).

(570) ob. cit. pg. 59.

(571) Cfr. TAGLIARINI. ob. cit. pgs. 59-61.

(572) En este sentido se manifiesta Ugo GAVAZZI, "Dei delitti contro la pubblica Amministrazione", vol. IV de la 22a. ed. del "Trattato di Diritto Penale" por R. Babbioni, E. Florian, U. Gavazzi, G. Giuriati, V. Olivieri, A. Pozzolini, P. Viazzi, A. Zerboglio, Milano, Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, s. f., pgs. 3 y 55. No obstante lo cual, afirma GAVAZZI en la misma obra (pg. 1) que "la objetividad jurídica de los delitos contra la Administración pública se sustancia en la alteración de las múltiples funciones que el Estado desarrolla para el logro de los propios fines...", afirmación globalizadora que lo aproxima al pensamiento de los autores que después señalaré.

(573) En este sentido, CIVOLI ("Trattato di diritto penale", vol. II, 1912, pgs. 221 y ss; citado por TAGLIARINI. "Il concetto..." cit. pg. 60, nota 78).

Para otro sector de la doctrina, en cambio, y con ello entronca con la tendencia, antes señalada, que manifiestan los Códigos preunitarios, la distinción entre delitos contra la seguridad del Estado y contra la administración pública, tiene su fundamento en que, en tanto que los primeros atacan directamente al Estado, los segundos sólo lo hacen de un modo mediato, siendo las actividades que éste desarrolla el objeto inmediato de ataque (574). Sobre este planteamiento base se mantiene, en concreto, que "el término administración pública, está tomado... en

-
- (574) En este sentido, v. Silvio LOLLINI, "Dei delitti contro la pubblica amministrazione (Libro II Titolo III del codice penale)" en "Enciclopedia del diritto penale italiano", raccolta di monografie a cura di Enrico Pesina, volume settimo, Milano, Società Editrice Libreria, 1907, pgs. 4 y ss.. La conclusión de este autor es la siguiente (pg. 4): "En términos generales el delito es un atentado al cuerpo social, y, por consiguiente, todos los delitos de cualquier naturaleza ofenden y atentan a la misma existencia política del Estado; pero los delitos que venimos examinando no sólo ofenden genéricamente al Estado, sino que atentan a su regular funcionamiento y tratan de impedir el desarrollo de la actividad de la que el Estado tiene necesidad para garantizar el bienestar común. Ciertos delitos, por lo tanto, atentan directamente contra las bases fundamentales de la vitalidad del Estado, y en ello está la razón de su punibilidad". Para PESSINA, los delitos contra la administración pública lesionan "la actividad jurídica del Estado" (Enrico PESSINA. "Manuale del Diritto Penale Italiano". Parte Seconda: "Norme Speciali sui Delitti", Napoli, Eugenio Marghieri, 1895, pg. 138). LANZA, mantiene que los delitos de los particulares contra la administración pública implican "una ofensa a la Autoridad de los Poderes públicos", y los de los funcionarios públicos contra la administración pública suponen "una violación de los deberes inherentes a una función pública", entendiendo por funciones públicas las actividades desarrolladas por los Poderes públicos para el logro de las finalidades pretendidas por la comunidad (Vincenzo LANZA, "Diritto Penale italiano", vol. II.: "Dottrina dei singoli reati" Torino, U.T.E.T., 1910, pgs. 193-196).

sentido lato, comprensivo de toda la subjetividad y de toda la actividad funcional característica del Estado y de los otros entes públicos, territoriales o institucionales. Por tanto, además de a la "administración pública" en sentido estricto... la tutela penal se extiende también a la función legislativa y a la jurisdicción, fuera de los casos en los que normas singulares restringen la noción de una incriminación a la sólo administración en sentido propio; o a la administración y a la jurisdicción, con exclusión de la legislación; o a la administración y a la legislación, con exclusión de la jurisdicción" (575).

Para TAGLIARINI, ambas direcciones doctrinales deben matizarse, si bien es la segunda la que mejor se adapta a las labores preparatorias y a la definitiva versión del código Zanardelli (576).

Respecto a esta segunda dirección doctrinal, TAGLIARINI cree que debe corregirse por lo que respecta a la -

(575) MANZINI, "Trattato di Diritto Penale Italiano", 4a. ed. aggiornata dai Prof. P. Nuvolone e G.D. Pisapia, vol. V (a cura del Prof. P. Nuvolone), "Dei delitti contro la pubblica amministrazione e l'amministrazione della giustizia", Torino, U.T.E.T., 1962, pg. 1; los subrayados en el original. El autor ya tiene esta opinión antes de la vigencia del Código Rocco: "El término administración pública, respecto de la tutela penal de la que emprendemos el tratamiento, se entiende en sentido lato, comprensivo de toda la subjetividad y de toda la actividad funcional del Estado y de otros entes públicos, territoriales o institucionales" ("Trattato di Diritto Penale Italiano", vol. V. Milano-Torino-Roma, Fratelli Bocca Editori, 1913, pg. 1).

(576) "Il concetto..." cit., pg. 61-67.

aplicación de los delitos contra la administración pública a los "funcionarios" del orden legislativo (577). En su opinión, en aquel momento se entendía que respecto "a la organización jurídica de los poderes y de las funciones estatales, la actividad dirigida a "hacer las leyes" no podía ser susceptible de distinción cualitativa (o sea, de privilegio) respecto a la dirigida a "aplicar las leyes"; sin embargo, "se quería poner de relieve que el Parlamento no era sólo un órgano legiferante, sino, y primariamente, el depositario de la voluntad popular y el garante de los derechos de libertad de los ciudadanos; órgano del Estado, en efecto, pero situado "super partes" (578).

Este argumento, desde luego coherente (579), explica

(577) ob. cit. pgs. 66-67.

(578) ob. cit. pgs. 72-73.

(579) Especialmente, si se tiene en cuenta que, a través de la aceptación, que arranca ya de los autores dieciochescos, de las inflexiones semánticas (mediante una manipulación intencional o inconsciente según los casos) de los términos "Pueblo-Nación" y "Democracia", perviven en el "Nuevo régimen", basado en el sistema parlamentario, buena parte de los principios que sustentaban el absolutismo, precisamente en la institución representativa (Parlamento), como agudamente ha señalado TORRES ("Democracia..." cit., pgs. 178 y ss.). Es por ello por lo que no puede extrañar el pensamiento de un autor contemporáneo com G. BURDEAU; en él, dice TORRES, destaca como punto básico "la dignidad del elegido, cuyo escrupuloso respeto se traduce en la reserva de poder por parte de una asamblea burguesa poco obligada respecto al pueblo que la elige", frente a ello "nada se dice de la dignidad del elector... nada se dice de la dignidad de quienes en los sucesivos sistemas representativos decimonónicos, ni siquiera llegaban a ser electores". "Burdeau sabe ver bien -continúa diciendo TORRES- que tal sistema "impide al pueblo tener otra voluntad que la que formula la asamblea". Pero, al parecer, así

cómo en los códigos, así como existen delitos, aún dentro del conjunto más o menos indiferenciado de los cometidos por "los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos", que se pueden decir peculiares de los funcionarios judiciales o administrativos (por ej., prevaricación de jueces y prevaricación de funcionarios administrativos en los códigos españoles), no se puede decir lo propio en relación a los "funcionarios" legislativos.

Pero conviene advertir lo siguiente respecto a la posibilidad de transportar con toda su fuerza dicho argumento al sistema punitivo español: ciertamente que, de igual modo, en la "usurpación de atribuciones" de los códigos penales españoles, se prevén, como se ha dicho, las ingerencias de funcionarios administrativos y judiciales en la esfera legislativa, así como de los primeros en la de los segundos y de éstos en la de aquellos, mas no de los funcionarios legislativos en la administración o en la jurisdicción. Ahora bien, de una parte, este último supuesto no parece pensable a poco pragmatismo que se ponga en la hipótesis; de otra parte, la definición legal de funcionario (580) abarca sin duda alguna en sus términos a estos "funcionarios legislativos" (diputados y senadores)

... se consigue" la conciliación de la libertad política (ligada a la elección) con las condiciones de orden y de estabilidad", quedando el Estado al abrigo de la demagogia. El sofisma es evidente: No otro pensamiento han esgrimido siempre los despotismos: las excelentes cualidades y dignidad del déspota lo legitimaban para... ejercer el poder sin compromiso respecto de nada ni de nadie, incontestablemente. En la argumentación de Burdeau se legitima a una asamblea de selectas personas-burgueses, dice él mismo- para ejercer el poder sin que el pueblo pueda tener voluntad distinta" (TORRES, ob. cit. pg. 205; v. también las interesantes conclusiones a este respecto a que llega en el recorrido que hace sobre el pensamiento de C. SCHMITT, ob. cit., pg. 203).

y, por último, aquellos de entre los delitos de funcionarios que, dada la conducta incriminada, pueden ser llevados a cabo por estos "funcionarios legislativos", tampoco introducen exclusión alguna de los mismos. En este sentido, habida cuenta de que la "inmunidad parlamentaria" es una "causa de exclusión de la pena", más concretamente, una "causa personal" de dicha exclusión (581) (es decir, un supuesto de aquellos en que "el sujeto ha realizado una acción típicamente antijurídica y culpable, a la que la ley señala una pena, más en el caso concreto esa pena no se hace efectiva... porque hay un obstáculo legal que lo impide", ésto es, que se excluye la pena pero se "dejan intactas las restantes características del delito", subsistiendo "por consiguiente, la posibilidad de una legítima defensa y, desde luego, la responsabilidad civil dimanante del acto realizado" (582)), habremos de concluir que en

...

(580) Me estoy refiriendo a la de los códigos penales españoles, que, para lo que voy a decir, no ofrece dificultad desde su primera enunciación, en 1848, pese a las variaciones que experimenta, como tampoco la de los códigos penales italianos de 1889 y 1930.

(581) Precisamente basada (como idea de fondo, aunque a ella se superpongan otros argumentos de corte pragmático que no justifican un recurso tan extremo como el de la "inmunidad") en el pensamiento antidemocrático que, por encima de todo, destaca la "dignidad del elegido", al que me acabo de referir, y que, en última instancia, alude a la idea de "dignidad" del Estado (de sus representantes) inserta en la "majestad" de éste.

(582) RODRIGUEZ DEVESA, "Parte General" cit., pg. 560.

la realización de tales delictivas conductas habrá una acción, típicamente antijurídica y culpable, excluida de pena en función de la consideración jurídico-positiva que la persona del agente merece. Con ello, sobre el código penal el argumento pierde fuerza pues, en abstracto, se puede afirmar que la "función pública" (la "administración pública" del código penal italiano) también abarca la función legislativa y los que la ejercen son funcionarios públicos a efectos penales; sólo hará falta un cambio del pensamiento iusnaturalista que sustentaba esa idea de la situación "super partes" del legislativo, para que dicho argumento carezca en absoluto de la aludida fuerza (583).

Según TAGLIARINI, la primera dirección doctrinal, si bien parte de un loable planteamiento de intentar dar la mayor autonomía al concepto de administración pública desde la perspectiva del derecho penal, incurre en los errores siguientes:

En primer término, "el capítulo 2o. del Título 1o., del código penal está dedicado a los "delitos contra los poderes del Estado" y en él se sitúan los atentados a todos los órganos supremos y no sólo los contra los órganos

-
- (583) Por lo demás, esta variación se va a producir, optando, de entre los dos sentidos que puede tomar, precisamente por el regresivo, esto es, volviendo a planteamientos de marcado absolutismo, de manera que, en la "relación" Rocco, se podrá afirmar que "el concepto de administración pública, por lo que respecta a los delitos comprendidos en el presente título, se toma en el sentido más amplio, comprensivo de la entera actividad del Estado o de los otros entes públicos. Por lo tanto, con las normas concernientes a los delitos contra la administración pública, se tutela no sólo la actividad administrativa en sentido estricto, técnico, sino, bajo un cierto aspecto, también la legislativa y

legislativos" (584).

En segundo lugar, entre los delitos contra la administración pública del título 3o. y los contra la administración de Justicia del 4o., "no se puede encontrar una absoluta autonomía y una rígida distinción". Tales ideas postularían el que "en el título 3o. se comprendieran todas las ofensas dirigidas a lesionar la función de administración, y en el título 4o. las diversas ofensas dirigidas a turbar la función jurisdiccional, tanto si los autores fuesen extraños a la organización estatal cuanto si, respectivamente, pertenecieren a la organización burocrática administrativa o a la jurisdiccional". Lo que no es constatable sobre el código "ya que, de un lado, todos los tipos previstos en el título 4o. constituyen delitos comunes, es decir, prescinden de la cualidad de intraneus respecto a la burocracia judicial, o bien son delitos propios de sujetos en particular relación con la función judicial, cuales los intérpretes, peritos, testigos, defensores, etc. y porque, de otro lado, los delitos cometidos por los intraneos a la administración de justicia, con abuso de sus poderes o en violación de ellos, entran en la previsión normativa de los delitos contra la administración pública" (585).

... judicial" ("Relazione Rocco" en "Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale", vol. V, parte II, Roma, Min. della giustizia e degli affari di culto, Provveditorato generale dello Stato, Libreria, 1929, pg. 112).

(584) "Il concetto..." cit. pg. 62.

(585) Ob. cit. pgs. 63-64. El argumento es extendible al Código penal español en lo que concierne a los "delitos contra la Administración de Justicia", que surgirán en el Código de 1928, en relación a los de "los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos".

Por último, "código y "relación" preparatoria... incluyeron de modo inequívoco al funcionario (u órgano colegiado) del poder jurisdiccional en la categoría de sujetos pertenecientes a la administración pública" (586).

De todo lo anterior extrae el autor italiano una conclusión capital a los efectos de este trabajo: "que fué coherente la... "relación" de la Cámara de diputados al resaltar cómo, en la peculiar perspectiva del derecho penal, hay delitos que ofenden a la administración de justicia no en sus específicas características, sino más bien en aspectos que la hacen aparecer como parte integrante de la administración pública" (587). En suma, en el código Zanardelli se da "al término administración pública un significado más amplio y articulado que el comunmente adoptado por las disciplinas iuspublicistas,... el legislador... tiene presente... la distinción entre conductas tendentes a subvertir los poderes institucionales del Estado y conductas dirigidas a turbar el buen funcionamiento y el correcto desarrollarse de las funciones estatales y, en tal segundo ámbito, sólo llega a diferenciar el ejercicio de la función jurisdiccional limitadamente para algunos tipos que, por su peculiaridad, no pueden colocarse en el ámbito de los delitos contra la administración pública" (588).

(586) Ob. cit. pg. 65.

(587) Ob. cit., pg. 65; el subrayado es mío.

(588) TAGLIARINI, ob. cit. pg. 66. En definitiva, como resume PAGLIARO con apoyo expreso en TAGLIARINI, "el código Zanardelli de 1889 (código típicamente liberal) incluía, los fines penales, toda la actividad funcional del Estado en el concepto de administración pública" (Antonio PAGLIARO, "Principi di Diritto penale. Parte Speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione". Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1977, pg. 3).

5. Conclusión general: el rechazo de la división de poderes y el acogimien de la idea de la integración de estos, como funciones, en el Estado.

Como resumen conclusivo de lo que llevo expuesto, se puede afirmar que los códigos penales examinados no acogen una idea de división de poderes según la que cada uno de ellos desempeña la actividad que le es propia, relacionándose con los otros a la manera de "las partes en un contrato" (589), sin que, por tanto, tal relación signifique la pérdida de su individualidad; poderes que solamente se unifican en la idea, "simple y confesadamente estructural" (590), que viene en llamarse constitución.

Proposición ésta que supone una alternativa a la construcción, propia del antiguo régimen, de un centro único, el Estado, monopolizador de la actividad pública, en el que se integran como "elementos parciales" de esa "realidad superior" otros cuerpos encargados, respectivamente, de ejercer determinadas funciones.

Por el contrario, tales códigos penales adoptan esta última perspectiva y, para la protección de la estructura que implica, aprestan, además de buena parte de los delitos contra el Estado, un conjunto de figuras delictivas montadas para la defensa de una "función pública" que indiferenciadamente abarca la actividad del Estado, a la protección del cual, en segunda instancia, en definitiva se dirigen. Delitos contruidos para amparar una "administración pública" en la que se integran (reproduciendo la idea de unidad superior omnicomprensiva) la legislación, la jurisdicción y la Administración.

(589) GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." T. I. cit., pg. 23.

(590) GARCIA DE ENTERRIA, ob. cit. pg., 24.

Esta idea de unidad en el Estado, enraizada en el concepto de Estado moderno absolutista, recibirá un espal
darazo "científico" a través de la atribución, basada en los filósofos idealistas alemanes, a mitad del siglo XIX, de personalidad jurídica al Estado. Encaminar la investi
gación en esta línea creo que puede resultar fecundo.

IV. LA CONCEPCION DOMINANTE EN LA DOCTRINA Y LEGISLACION
PENALES MODERNAS Y CONTEMPORANEAS. PROPUESTA DE CAM-
BIO.

1. Estado-persona y "función pública". La protección
penal indiferenciada de las actividades legislati-
va, judicial y administrativa.

A) Para llevar a cabo el estudio acabado de aludir en el apartado anterior, parto de la idea, sustentada por GARCIA DE ENTERRIA (591), según la cual "la realidad inglesa de la pluralidad de los poderes" es el origen de las ideas continentales sobre la separación de estos; sin embargo, en relación a esa pluralidad, "mediante una trasposición típica de la razón política continental, MONTESQUIEU volatilizará su esencia profunda convirtiéndola en un simple arbitrio práctico e instrumental, en una técnica organizativa ingeniosa y mecánica para proteger la libertad (592). Esta imagen rebajada será más tarde fácil presa de la concepción traspersonalista del Estado, que reduce los poderes a simples órganos de un ente superior".

(591) "Curso..." T.I, cit., pg.24.

(592) Sobre las mismas palabras de MONTESQUIEU en "L'Esprit des lois", resalta TORRES que para el autor francés "la división de poderes es, pues, una técnica para la libertad política" ("Democracia..." cit., pg.157). V. de este mismo autor, sobre la división de poderes en MONTESQUIEU, "Ciencia y método en la obra de Montesquieu", en R.F.D.U.C.M., vol. XVIII, nº50-51, 1.974, pgs. 403-408.

Con ser esta una atendible explicación teórica del planteamiento que se hace en el continente de la separación de poderes, creo, sin embargo, que matizando algunos extremos resulta más simple, aunque aparentemente no lo parezca, el proceso que lleva a ese planteamiento volatilizador de la "esencia profunda" de la pluralidad de los poderes que ofrecía la "realidad" inglesa.

Según GARCIA DE ENTERRIA, esta pluralidad se compone de la "Corona", que es una palabra y concepto distintos al de Estado, encargada de la "organización administrativa"; el "Parlamento (o pueblo)", que, junto a la "Corona", "no son elementos parciales de una realidad superior, el Estado, según las ideas más o menos rústicas del monarquismo continental", sino que simplemente se relacionan "como lo están las partes de un contrato", manteniendo cada uno dentro de esta relación íntegramente su individualidad; y los Tribunales, que "tampoco son órganos de la Corona, sino órganos o expresiones del 'derecho de la tierra'", bien entendido que su independencia, resultante "de la independencia del Derecho respecto del Príncipe", "expresa certeramente que el juez es visto como un órgano propio, no del Estado ni de la Corona (aunque siga actuando nominalmente en nombre de ésta), sino de la "lex terrae", como "viva vox legis", o "lex loquens", teniendo en cuenta que aquí "lex" no expresa la voluntad de un imperante, sino el derecho establecido en la comunidad y por ella misma aceptado y vivido" (593).

Ahora bien, por encima de esta exposición teórica, que no deja de aportar elementos netamente diferenciadores respecto a la que luego sería la separación de poderes en

(593) "Curso..." T.I, cit., pgs. 23-24.

el continente, es preciso tener en cuenta la situación de hecho que, como auténtica "realidad", se sobrepone al desarrollo ideal de la pluralidad de poderes inglesa. POULANTZAS, la plantea de la siguiente manera: "¿En qué sentido funciona realmente esa distribución de los poderes? En el caso en que el ejecutivo y el legislativo estén controlados por la misma clase o fracción -homogénea- la distinción de poderes es, en su funcionamiento, inexistente: el caso es aquí demasiado patente para insistir en ello. No hay sino mencionar el caso clásico de Gran Bretaña, donde, a pesar de las apariencias, la distinción ejecutivo-legislativo no ha funcionado realmente hasta estos últimos tiempos: esto se debe a la configuración y el funcionamiento particular, que hemos señalado con frecuencia, del bloque en el poder en Gran Bretaña" (594). Este contacto con la realidad, se refleja también en la opinión de TORRES, que destaca el contenido de clase del Parlamento inglés: "En Inglaterra la soberanía del pueblo se la incorporó -vía representación- el Parlamento, institución que, en verdad, había sido fruto de un compromiso entre aristocracia y burguesía, teniendo originalmente bien poco que ver con otras clases sociales inferiores" (595).

(594) "Poder político..." cit.pg.399; los subrayados en el original.

(595) "Democracia..." cit.pg.156. Para toda esta materia, resulta extraordinariamente reveladora la obra de JOSÉ ELIZALDE, "Las funciones de representación parlamentaria en el sistema político británico", Tesis doctoral inédita, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1.976 (consultada y citada con permiso del autor); V., para los orígenes especialmente, T.I, pgs. 364-379, y para la actualidad, T.II, cap. IV (pgs.568 y sgs.)
V., también las consideraciones críticas en torno a la división de poderes de LOPEZ ARANGUREN, "Ética y Política", Madrid, Ediciones Guadarrama, 1.963, pgs. 236-237. Juan Damian TRAVERSO, resume en pocas y ajustadas palabras una crítica global: "Hoy el poder ejecutivo emana del legislativo o sale de aquel. El eje-

A esta matización de la "realidad inglesa de la pluralidad de los poderes", debe añadirse una mayor profundización en el pensamiento de MONTESQUIEU trasponedor de aquella al continente: como resalta el acabado de citar POULANTZAS, "su concepción de la distribución de los poderes presupone la de la unidad del poder institucional, en el sentido de que esa distribución no es pensada como una separación-reparto que compromete la unidad" (596).

Mediante estos dos matices, se entienden ahora más fácilmente dos cosas: en función del primero, que el traslado al continente del esquema plural de poderes inglés, si, ciertamente, supone la pérdida de parte de las "esencias" que lo motivaron y estructuraron (y en la dispar evolución histórica habría que encontrar la razón última de esta pérdida), también es cierto que encuentra apoyo en esa realidad que ofrecía la teórica distinción de los poderes en Gran Bretaña; no hay, pues, una mixtificación tan grande, sino más bien la adaptación de la idea general de la separación de los poderes a una realidad en parte distinta (por esa diferente evolución histórica), pero fundamentalmente concomitante. En función del segundo matiz, se entiende también con mayor facilidad, que la concepción traspersonalista del Estado efectivamente va a poder conectar sin excesivas rupturas, con la teoría de MONTESQUIEU. Por lo demás,

... cutivo hará lo que ordene el legislativo, o este se someterá a lo que mande aquel, porque, en realidad, todos emanan de un mismo Poder, que es el que en última instancia decide" ("Ilusión y realidad del Estado de Derecho", en R.F.D.U.C.M., Vol. VI, nº15, 1.962, pgs.667-668; V., también pgs. 645-648).

(596) "Poder político..." cit., pg.400; los subrayados en el original.

al margen de lo que haya dentro de la obra teórica del autor francés, debe repararse que, dentro del orden de idea que vengo exponiendo, aquí el Estado se presenta cumpliendo su propia dinámica interna, pues, a la postre, como dijera ENGELS, "ese poder nacido de la sociedad, pero que se pone por encima de ella, y se le hace cada vez más extraño, es el Estado" (597).

B) Pese a su opinión sobre los inicios de la separación de poderes en el continente, para GARCIA DE ENTERRIA "en el propio Derecho Continental la situación es semejante (a la inglesa), contra lo que suele ser la opinión común" (598). No entraré en la comprobación de la veracidad de esta afirmación, o en si sólo adquiere virtualidad en un ámbito de fórmulas legales pero no de aplicación práctica. Lo cierto es que, de aceptarla, el Derecho Continental habrá tenido que superar, precisamente, esa idea que se abatiría sobre el concepto degradado de la pluridad de poderes antes aludido; superar la etapa de visión mística del Estado, que recibe sólido fundamento con el reconocimiento de éste como personal jurídica realizado, por vez primera, en Alemania en la mitad del siglo pasado por la Escuela Alemana de Derecho Público (599).

Esta conclusión de la ciencia alemana del Derecho Público de atribuir personalidad al Estado, no puede extrañar si se considera lo que BARATTA ha llamado la "historia interna" (es decir, "específica y típicamente alema-

(597) "El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado", Madrid, Editorial Fundamentos, 1.970,pg.212.

(598) "Curso..." T. I cit.,pg.24.

(599) Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, ob.cit.,pg.20.

na") del "Estado de Derecho", que muestra "la estructura autoritaria con que surge el Reich" (600). Con ello, se está implicitando algo importante, que explícitamente resalta TRIEPEL: como "la mayoría de las teorías sobre el Estado que han llegado a ser determinantes para el Derecho Público, y que en gran parte han sido construcciones jurídicas, fueron enunciadas atendiendo a metas políticas y empleadas para justificación de actos de esta misma índole" (601).

La necesidad de lograr una "traspersonalización del Poder", se sentirá tempranamente. Como señala el propio GARCIA DE ENTERRIA, tal idea "servirá... para garantizar la posición del Príncipe sobre los Señores"; con ella "se hace posible la aparición del Estado moderno" (602).

Los pasos seguidos por la evolución de esta pretensión, los centra este autor en torno a la construcción de los conceptos de "Corona", "Fisco" y "Estado persona jurídica". Al lado de la que mantiene que "en los países de influencia francesa, como el nuestro, las ideas discurren por

(600) V., Alessandro BARATTA, "El Estado de Derecho. Historia del concepto y problemática actual", traducción de Marino Barbero Santos, en S.RCS, nº17-18, abril de 1.977, pgs. 15 y sgs., especialmente, pg. 18.

(601) "Derecho Público y política", prólogo, traducción y apéndice de José Luis Carro, Madrid, Ediciones Civitas, 1.974, pgs. 71. En este sentido se refiere explícitamente a "las teorías del pacto social o estatal, de la soberanía, de la división de poderes,... de la personalidad jurídica del Estado, como su contraria, la construcción jurídico-privada del mismo ... La construcción del derecho del Monarca como un derecho propio sobre el poder estatal, el concepto de titular del poder estatal, la formulación del concepto de Estado federal,... La misma teoría de Laband sobre la contraposición entre ley en sentido material y ley en sentido formal,... y... las construcciones jurídico-administrativas de Otto Mayer..." (ob.cit. pgs. 71-72).

cauces diferentes, si bien los resultados no serían muy distintos", centrando los pasos evolutivos en torno a la construcción de las ideas de rey absoluto, pero sometido a determinadas leyes (las del derecho natural y de gentes) y de actos de autoridad y de gestión (603).

Sobre no parecerme acertada la forma en que sitúa la regla del "se obedece pero no se cumple" dentro de esta evolución (604), y advertir que no señala el matiz diferencial que entre la teoría del Fisco y la de los actos de autoridad y de gestión apunta VILLAR (605), la anterior argumentación puede dar la impresión de que tales países de influencia francesa, han sido por completo extraños al concepto de Estado-persona. No es así. Ni en el ámbito del Derecho administrativo -el propio GARCIA DE ENTERRIA dice que en ellos el reconocimiento de personalidad al Estado "sólo se produce tardíamente (606), luego se produce-, ni en el del Derecho penal, al que, desde luego, no llega con retraso, como se deduce de lo anteriormente expuesto y de lo que continuaré señalando.

Por lo que respecta al Derecho español vigente, en sede penal todo lo que sobre los códigos llevo dicho apunta en esta dirección; lo que sigue puede corroborarla.

(602) "Curso..." T.I cit., pg. 208.

(603) Ob. cit., pgs. 208-211.

(604) V., el análisis, en mi opinión más certero, de la citada regla que hace DOMINGUEZ ORTIZ, "El Antiguo Régimen..." cit., pgs. 211-212..

(605) "Introducción..." cit., pg. 61.

(606) "Curso..." T. I cit., pg. 211.

En relación al Derecho administrativo, señala GARCIA DE ENTERRIA que "ha de notarse que nuestro Derecho positivo en vigor no ha venido a confirmar con sus determinaciones el planteamiento básico de la Escuela clásica alemana de Derecho Público, que refiere la personalidad jurídica al Estado en su totalidad, transpersonalizando así toda la estructura política... El Derecho español, más correctamente, con una austeridad mental que aquí es elogiable, afirma únicamente la personalidad de la Administración del Estado, sin incluir en esta personificación los órganos legislativos y judiciales, y menos aún a la colectividad en su conjunto..." (607).

Sin embargo, el art. 1, I de la L.O.E. ("El Estado español, constituido en Reino, es la suprema institución de la comunidad nacional"), así como el Principio VII de la L. P.M.N. (incluso más: "El pueblo español, unido en un orden de Derecho, informado por los postulados de autoridad, libertad y servicio, constituye el Estado nacional..."), preceptos ambos "en vigor" en el momento de hacer la anterior reflexión el citado autor, parecen desmentir la parte de esta afirmación referida a la comunidad. Del mismo modo que el, también entonces vigente, art. 2, II de la propio L.O.E. ("El sistema institucional del Estado español responde a los principios de unidad de poder y coordinación de funciones"), niega, aún más claramente, la relativa a los órganos legislativos y judiciales.

Ciertamente, el art. 1 de la L.R.J.A.E. afirma la "personalidad jurídica única" de la Administración del Estado, entendiéndose por la doctrina que se trata de un de-

(607) Ob.cit., pg.212. Adviértase que cuando el autor citado se refiere al Derecho español positivo en vigor, alude al que lo estaba en el momento de la publicación de su ob.: 1.974.

sarrollo del art. 40,I de la L.O.E. ("La Administración, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, asume el cumplimiento de los fines del Estado en orden a la pronta y eficaz satisfacción del interés general"). Aunque, más bien, me parece que en este último artículo lo que se encuentra es un explícito reconocimiento a un desaforado protagonismo de la Administración, en detrimento de legislación y jurisdicción.

La contradicción que, en principio, podía detectarse entre el art. 2, II de la L.O.E. y el 1 de la L.R.J.A. E., quizá podía superarse por la vía "de facto" que propone el propio GARCIA DE ENTERRIA (608), aunque, en realidad, una solución que pudiera llamarse auténtica, en el terreno de la legislación, sólo podía partir, como así ha sido, de un cambio constitucional. Ahora bien, aunque se aceptase la propuesta coyuntural de GARCIA DE ENTERRIA, lo que no puede negarse es que el art. 2, II de la L.O.E., se inspira en un concepto de Estado-persona o, cuando menos, deriva las mismas consecuencias que tal concepto.

(608) Ob. cit., pgs. 28-29. Como, desde luego, tal superación no se podía producir es mediante la vía predicada por J. DE ESTEBAN y otros ("Desarrollo Político y Constitución Española", Barcelona, Ediciones Ariel, 1.973, pgs. 56-68), dentro de la que se llega a conclusiones tan peregrinas como la de que "el artículo citado de la Ley Organica del Estado no sólo no es antidemocrático, sino que, por el contrario, podría ser considerado como pionero, en cierto sentido, de esa actitud científica que hemos expuesto anteriormente y que mantiene hoy la doctrina constitucionalista" (pg. 60); aunque para alcanzar esta idea haya que ceñirse "con exclusividad a la letra y no a su contexto sociológico" y, por tanto, tal formulación se haga "desde una perspectiva básicamente jurídica"! (las admiraciones son mías); lo que trae a la memoria las consideraciones de TRIEPEL, antes resaltadas, respecto a las construcciones pretendidamente jurídicas en exclusividad que, por el contrario, en realidad son la expresión "científico-jurídicamente" elaborada de las finalidades políticas del Estado.

C) Lo que para el presente estudio interesa son, precisamente, las consecuencias derivadas de la construcción teórica de referencia, puesto que "el hecho de que se considere que la personalidad jurídica corresponde al Estado en su integridad y no a cada uno de sus tres Poderes, hace que estos pierdan su sustantividad propia y se conviertan en simples expresiones orgánicas de aquel" (609), esto es, dejen de considerarse poderes y pasen a estimarse funciones del Estado.

Pues bien, estas funciones, reunidas bajo el concepto de "función pública", son las que, como hipótesis de trabajo, vengo sosteniendo que se protegen, en sede penal, a través de las normas que contienen los "delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos".

D) Antes de entrar en el análisis de lo que esta conclusión comporta, quisiera hacer una aclaración sobre el como intentaré llevarlo a cabo:

Debe advertirse que la evolución que lleva a considerar los "poderes" como funciones, supone una perversión del principio de separación de poderes, esto es, una previa aceptación de este que paulatinamente va degenerando. Otro plano distinto representa el partir para el análisis, de la negación o rechazo del aludido principio. Desde esta última perspectiva, lo que cabría decir en relación a la primera es que si artificiosa resulta la teoría de la división de poderes (610), peor aún es su transformación en dis-

(609) GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." T. I, cit., pg.20.

(610) Para una crítica de la tridivisión de poderes y de cada uno de ellos en este contexto, y su reducción, en última instancia, al poder único: el Estado, la clase dominante, V., p.ej., Konstantín STOYANOVITCH, "El pensamiento marxista y el derecho", Madrid, Si-

tinción de funciones. Aunque, ciertamente, esta última, en cuanto suele ser más propia de los totalitarismos, puede afirmarse, desde la óptica de las contradicciones, que es menos engañosa que la versión de división de poderes, pues escasamente oculta la existencia de un "Poder" único y, con mayor facilidad, permite concluir el contenido de clase de este "Poder".

Ahora bien, arrancar del rechazo a la teoría de la separación de poderes implica, en mi opinión, afirmar un principio de soberanía popular que "es excluyente del de división de poderes. O lo uno o lo otro. O soberanía popular o división de poderes" (611). Y esta soberanía popular, lamentablemente, no puede encontrarse hoy en la realidad. Así las cosas, parece preferible en la actualidad seguir una vía alternativa que, intentando eludir (con la triste impresión de no conseguirlo) toda "reconstrucción del sistema", y expuesta al peligro de hacer un "uso alternativo de las instituciones burguesas" que constituya una "mixtificación práctica", logre evitar ambas cosas y, en cambio, permita "una elaboración teórica adecuada a la fase del desarrollo actual" (612).

E) La presencia en los textos legales penales de una protección de la función pública, entendida como el conjunto de las funciones, no dimanantes de los poderes, sino del Esta-

... glo XXI de España Editores S.A., 1.977, pgs. 66 y sgs.

(611) TRAVERSO, "Ilusión y realidad..." cit., pg.669. No se trata, por tanto, de la "soberanía popular" que acompañó, precisamente, a la división de poderes: V., BARATTA, "El Estado de Derecho..." cit., pgs. 16-17.

(612) V., Pietro BARCELLONA y Giuseppe COTURRI, "El Estado y los juristas", traducción de Juan-Ramón Capella, Barcelona, Editorial Fontanella S.A., 1.976, pgs. 254-269.

do, desempeñadas por este en la persecución de sus fines, conlleva importantes consecuencias:

Dicho en referencia al C.p. italiano, que ofrece obvias posibilidades comparatistas (no de mero cotejo) y de trasvase de ideas en esta materia, ha resaltado TAGLIARINI que "entendido, en efecto, el concepto de administración pública en sentido tan amplio y omnicompreensivo como para coincidir, al máximo, con el concepto mismo de función pública, resulta imposible llegar a una individualización de las singulares características fundamentales de cada función pública (legislativa, administrativa y judicial) y, por tanto, a reconstruir en términos analíticos los valores cardinales que el legislador ha entendido preservar, otorgándoles también una tutela de carácter penal, en relación a las singulares funciones" (613).

Y, sin embargo, resulta necesario llevar a cabo esta tarea, porque, como moderadamente se ha dicho, "aunque es verdad que el ejercicio de toda función pública está estrechamente ligado al ejercicio (y por ello al funcionamiento) de la soberanía estatal, es igualmente cierto que permanecen siempre y concretamente distinguibles, aún desde una perspectiva que supere la división de poderes, los rasgos sobresalientes y las características intrínsecas de las particulares actividades desenvueltas por los poderes del Estado. Legislar, administrar y juzgar, resultan así conceptos, incluso en la experiencia común, distintos y autónomos" (614).

En consecuencia, parece imponerse, por encima de las pretensiones del legislador histórico y, como más adelante

(613) "Il concetto..." cit., pg. 129.

(614) TAGLIARINI, ob. cit., pg. 129.

se comprobará, del actual, y conforme a una "interpretación evolutiva" (615) o "creadora" (616), la necesidad de determinar los "valores cardinales" que, acompañando a la Administración, jurisdicción y legislativo, quiere proteger la legislación penal en relación a ellos.

- (615) Al hablar de "interpretación evolutiva", "solamente se quiere afirmar que el significado de una norma también debe investigarse a la luz de las nuevas exigencias sociales -expresadas o no en una Carta fundamental del Estado- y no solamente haciendo referencia a las del tiempo en que fue emanada. En efecto, es pacífico que la voluntas legis acaba por disociarse de la de los compiladores del Código, con lo que puede asumir un contenido diverso y correspondiente a la nueva realidad social" (Francesco INFANTINI, "L'abuso della qualita o delle funzioni de pubblico ufficiale in diritto penale", Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1.974, pg. 164, n.5). Sin embargo, la interpretación "evolutiva" es, lamentablemente, todavía un uso del derecho interno al sistema y, de este modo, le son estrictamente aplicables las severas críticas expresadas por BARCELLONA y COTURRI ("El Estado y los juristas" cit., pgs. 256-258); salvo, a mi entender, que se emplee como un primer instrumento para un posterior uso externo.
- (616) Que lleve a la "adaptación de la ley a las necesidades y concepciones del presente", según la proposición de MEZGUER ("Tratado..." cit., T.I, pgs. 153 y sgs.). Interpretación que, hecha la misma salvedad que en la nota anterior, es especialmente válida en materia de bien jurídico, si se piensa que éste "está necesariamente ligado a esa realidad histórica en movimiento o en conflicto consigo misma: determinar categorías de bienes jurídicos que como tales puedan presentarse y perpetuarse, es ir contra la historia que disuelve toda metafísica de la realidad en la que los bienes jurídicos pueden encontrar un punto seguro de referencia" (Giuseppe BETTIOL, "L'odierno problema del bene giuridico", en "Scritti giuridici", T.II, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1.966, pg. 915); es decir, que el bien jurídico es "un concepto que sirve (ante todo) para ligar el Derecho penal a la realidad" (BETTIOL, ob. cit., pg. 917); interpretación que creo aplicable incluso en contra de la opinión de este autor (V., ob. cit., pg. 917 y, del mismo autor, "Bene giuridico e reato", en "Scritti Giuridici" cit., T.I, pgs. 328-329: dos obras de distinta inspiración y desarro-

Más concretamente, se trata de determinar los concernientes a la Administración y, dentro de ellos, aquellos a los que se refiere el delito de prevaricación del art. 358 C.p. que, a través de la exigencia típica de que la resolución dictada por el funcionario público lo sea "en asunto administrativo", circunscribe la investigación a estos límites.

Pero, para ello, es preciso todavía preguntarse como se contempla a la Administración pública desde la perspectiva del Estado-persona, ya que la contestación a esto proporciona las bases críticas indispensables para intentar la anunciada determinación, (617), bases asentadas, justamente, en la concepción que se intenta contraponer a la de la Administración que se deriva de la idea de Estado-persona.

2. Administración-función y Administración-persona.

A) La contestación a la pregunta planteada es, a la vista de lo que se lleva dicho, bastante obvia: cuando se atri-

... llo, cuyo cotejo muestra hasta que punto es también el jurista (por lo menos éste) capaz de "adaptarse" a esa "realidad histórica en movimiento").

(617) "La Administración responde en su estructura, en cada momento, a una doble funcionalidad. En primer lugar, está íntimamente unida a la idea que del Estado se tenga en cada momento y en cada país. Al variar la idea del Estado, la idea de la Administración va correlativamente variando. En segundo lugar, la idea de la Administración, el ámbito que la Administración pública cubre, el concepto mismo de la Administración varía también funcionalmente según los fines que el Estado vaya asumiendo en cada momento" (VILLAR, "Introducción..." cit., pg.39).

buye personalidad jurídica al Estado, la Administración deja de identificarse con uno de los poderes, el ejecutivo, para considerarse como una función de ese Estado-persona; como dice GARCIA DE ENTERRIA, "ya no se vé en el Estado un conjunto de poderes individualizados (entre ellos el Poder Ejecutivo o la Administración pública), sino una persona jurídica que realiza múltiples funciones, una de las cuales sería, precisamente, la de administrar" (618).

Con ello se describe la miseria pero al propio tiempo la "grandeza" (por lo menos en términos de magnitud de poder) de la Administración. Porque puede comprobarse en la realidad, que con tal concepción del Estado, este es, fundamental y casi exclusivamente, Estado-Administración, donde legislativo y jurisdicción son meros comparsas sojuzgados a ella.

B) A este concepto de Administración-función (619), se va a oponer el de Administración pública como persona jurídica, mejor adaptado al planteamiento de la pluralidad de poderes.

(618) "Curso..." T.I cit., pgs. 20-21.

(619) Producto, por un lado, de "la tradición absolutista del continente, que unificaba todas las funciones públicas subjetivamente en el monarca" y que, por tanto, "ha tendido a ver en el concepto de Estado un sustituto abstracto de ese centro subjetivo único", y, de otro lado, del reforzamiento de la anterior idea que supone "la reelaboración teórica efectuada desde la filosofía idealista alemana (por cierto, inmersa ella misma en un absolutismo de estricta observancia, que intenta sublimar en un "espíritu objetivo" transpersonal)" (GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." T.I cit., pgs. 25-26).

La doctrina tiende a ver en esta nueva concepción de la Administración, el final de todos los males derivados del concepto de Administración-función e implícitamente, del de Estado-persona. No comparto por completo esta opinión.

La idea de Administración-persona, entiendo que es el resultado de una evolución producida por la tensión de dos contrapuestas líneas de fuerza.

Es la evolución que pasa por los conceptos de Corona, Fisco y Estado-persona jurídica, o bien por la de rey absoluto pero sometido a determinadas leyes (derecho natural y de gentes) y teoría de los actos de autoridad y de los actos de gestión.

En tales conceptos inciden, de un lado, la necesidad, socialmente sentida, de situar al Estado, o a los detentadores de la cualidad transpersonal que lo adorna, al nivel del resto de las personas, con el objeto de mantener con él un "normal" tráfico jurídico, de entablar con él relaciones jurídicas sometidas al régimen de las leyes comunes, enjuiciables por tribunales de idéntico rango y naturaleza que los que conocen de las relaciones que estas personas establecen entre sí. De otro lado, también actúa sobre dichos conceptos, la tendencia del Poder, de quien (es) lo ejerce (n), de mantenerse por encima de lo "normal" entre los bajo él situados, persiguiendo la finalidad de que se siga viendo en el Estado el único centro donde convergen, en última instancia, todas las demandas de corregir injusticias, todas las exigencias de mejor ordenación de la convivencia... y todas las soluciones a ello; adquiriendo así la naturaleza de lugar dónde todos se hermanan, se igualan, poseen los mismos derechos...aunque la realidad muestre otra cosa.

Cuando cada uno de los aludidos conceptos de esa ev

lución aparece, es porque la primera de las líneas de fuerza señaladas ha actuado lo suficiente como para poner en peligro la idea que sustenta la segunda; la que entonces, a su vez, actúa; produciendo, ambas en conjunto, cada una de tales construcciones (Corona, Fisco, Estado-persona; Rex legibus solutus, actos de autoridad y de gestión). De manera que estas se presentan, a un tiempo, por un lado mejor adaptadas a las exigencias sociales y, por otro lado, todavía enraizadas en un misticismo de Estado que conservan (620).

El concepto de Administración-persona es el último paso en esa evolución. Indica el punto de equilibrio, momentáneo, de ambas líneas de fuerza. Dicho de otra manera, haciendo referencia a los actos de autoridad y de gestión que se sitúa como su precedente inmediato, indica el continuo avanzar de los segundos en perjuicio de los primeros. Ciertamente, desde determinada perspectiva (correctiva), se puede afirmar que no se encuentra dentro de otra persona jurídica (el Estado), en la que se incardina como actividad de la misma, más, tampoco puede olvidarse que, situada en el plano superior, sobrenada la idea de Estado, tomada como un concepto traspersonal y sacralizado.

Por ello, y porque en un análisis no sólo particularizado al sistema legal español se llegaría a resultados similares, acepto la idea de Administración-persona de manera relativa, esto es, sin olvidar lo que todavía queda por eliminar. En definitiva, como concepto dinámico, histórico, no estático; como instrumento, no como solución.

(620) Sobre el carácter que muchas normas presentan de ser, a la vez, "concedidas" y "conquistadas", V. José Enrique SERRANO, "La Ley de Relaciones Laborales y la extinción del contrato por voluntad del trabajador", en "Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales", Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1.977, pg.480,n.37.

Traspasar la personalidad del Estado a la Administración, ciertamente produce una situación mejor adaptada a las exigencias sociales e introduce una nueva visión (en los términos que a continuación se dirán) más próxima a un planteamiento democrático; mas también significa traspasar a la Administración parte de (utilizando una frase de GARCIA DE ENTERRIA) la "traspersonalización de toda la estructura política" (621), que era el producto típico de la idea de atribución de personalidad jurídica al Estado en su totalidad; significa traspersonalizar la parte de esa total estructura política que a la Administración incumbe. Habiendo cuenta de ello, y de los actuales planteamientos de la economía y de la situación que presenta la realidad social (622), tenemos el caldo de cultivo idóneo para el protagonismo de la Administración propio de nuestros tiempos.

PAŠUKANIS ha resaltado (y la conexión del argumento con los arts. 40, 1 de la L.O.E. y 1 de la L.R.A.E., utilizados por la doctrina para la atribución de personalidad a la Administración, salta a la vista en relación con lo que acabo de decir) que: "En general, la teoría de los órganos constituye uno de los más graves obstáculos que encuentra la teoría jurídica. Cuando el jurista parece que ha conseguido la definición del concepto de Estado y se apresta a seguir adelante tranquilamente, le espera un segundo obstáculo: el concepto de órgano. Así, para JELLINEK, el Estado no tiene voluntad propia, pero la tienen, sin embargo, los órganos. Pero -se pregunta- ¿cómo han sido creados los órganos? Y sin órganos no hay Estado. La tentativa de resolver la dificultad con la ayuda de la concepción del Estado como relación jurídica, no ha

(621) "Curso..." T.I, cit.,pg.212.

(622) V., LEGAZ, "Administración y Sociedad", Madrid, Publicaciones del Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, 1.964, passim, especialmente, pg. 25.

ce sino disolver el planteamiento general del problema en una serie de casos particulares en los que el problema mismo se desintegra. Ya que toda relación jurídico-pública concreta incluye en si exactamente el mismo elemento de mistificación que reencontramos en el concepto general del Estado-persona" (623).

Por lo demás, entender "que el concepto de administración pública no sea un dato lógico permanente, sino, mas bien, el producto variable de la dialectiva histórica" (624), es coherente con la moderna tendencia a superar una visión rígida de la separación de los poderes y a su sustitución por un equilibrio de los mismos en términos de "prevalencia" (625). Lo que puede parecer un paso adelante siempre y cuando no se tome como pretexto para una subordinación de los otros a uno sólo de estos poderes (normalmente el ejecutivo), a la manera que realizó, por ejem

(623) "Teoria General del Derecho y Marxismo", presentación y traducción de Virgilio Zapatero, Barcelona, Editorial Labor S.A., 1.976, pg. 128, n.9. En todo caso, continuamente debe tenerse presente que como dice PERIS respecto al Estado (y la paráfrasis en relación con la Administración es obvia): "El Estado moderno se caracteriza por la tendencia a la concentración, centralización y potenciación del poder que, en estos momentos, está adquiriendo cotas altísimas en estos aspectos. Ahora bien, no hay que olvidar que no es algo perenne, sino que es una forma de organización política derivada de un proceso histórico y como tal, en virtud del mismo proceso, susceptible de desaparición o superación por otra forma impuesta por la dinámica social" ("Juez, Estado y Derecho Humanos", Valencia, Fernando Torres-Editor, 1.976, pg.20).

(624) TAGLIARINI, "Il concetto..." cit., pg.106,n.59.

(625) Cfr. TAGLIARINI, ob.cit., pgs.91-107, especialmente, pg.106.

plo el fascismo italiano, en una operación de desvirtuación que significa una vuelta al pasado absolutista.

C) Frente al concepto de Administración-función, el de Administración-persona se presenta, efectivamente, mucho mejor adaptado a las exigencias sociales del momento actual. Permite, entre otras cosas, intentar realizar esa tarea que antes señalaba como necesaria, esto es, individualizar a través de la determinación de las singulares características que a cada una acompañan, las tres diferentes actividades de legislar, juzgar y administrar desenvueltas por los correspondientes y separados poderes.

En efecto, desde la perspectiva de la Administración-persona, la situación de esta es completamente distinta a la del Parlamento y los Tribunales (626). La Administración pública, a diferencia de los tribunales, "se encuentra totalmente organizada y los funcionarios son simples agentes de esta organización" y, a diferencia del Parlamento, "no es representante de la comunidad, sino una organización puesta a su servicio". "Sus actos no valen por eso como propios de la comunidad -que es lo característico

(626) GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." T.I cit., pgs. 24-25; según el planteamiento teórico: "El Parlamento, más que un órgano del Estado, es un órgano del pueblo, auténtico titular de la "propiedad del poder" (HAURIUO)", "la Ley, como producto típico del Parlamento", es "una simple autodisposición de la comunidad (representada en el Parlamento) sobre sí misma". "El Juez, por su parte, tampoco es un órgano del Estado, sino del Derecho. Es viva vox iuris, iuris dictio, directamente vinculada al Derecho, sin insertarse jerárquicamente en su función sentenciadora en ninguna organización, sin perjuicio de que esta le designe, le sostenga y ponga al servicio de sus decisiones su propia fuerza. Lo cual se justifica fácilmente sin más que recordar que el Derecho no es un producto de la "voluntad del Estado", sino una función de la comunidad...".

de la Ley, lo que presta a ésta su superioridad y su irresistibilidad-, sino como propios de una organización dependiente, necesitada de justificarse en cada caso en el servicio de la comunidad a la que está ordenada" (627).

Es precisamente a esta "organización servicial de la comunidad" que es la Administración pública, a la que se atribuye personalidad jurídica propia, "ya para el Derecho Administrativo, al que está sometida, es, ante todo, un sujeto de relaciones jurídicas. El dato primario ante el Derecho de la Administración Pública es este de su personalidad jurídica, personalidad que es una nota que la comprende a ella sólo como organización y que deja fuera ... a los órganos legislativos y judiciales" (628).

Inmediatamente se comprende que el acogimiento por la ley penal de uno u otro de los dos conceptos contrapuestos de Administración a los que me vengo refiriendo, tiene una extraordinaria trascendencia (629). Porque, efectiva-

(627) GARCIA DE ENTERRIA, ob.cit.,pg.25; los subrayados son míos.

(628) GARCIA DE ENTERRIA,ob.cit.,pg.25; en el mismo sentido que se apunta en el texto V., STORTONI, "L'abuso..." cit., pgs.142-143.

(629) Posiblemente el origen esté en el concepto que se adopte en la legislación y/o práctica constitucional o política; mas, entiendo que no corresponde aquí hacer de este punto núcleo de la investigación. Dicho sea esto sin ignorar que en el resultado de un tal análisis, influiría notablemente sobre la fuerza de los argumentos que a continuación empleo.

Salvedad que, sin embargo, no implica abandono de una línea de pensamiento que tiende a entroncar, en la medida de lo posible y sin significar una rigidez reñida con el tratamiento científico, los intereses que el Derecho penal protege con la Constitución..

Por lo demás, no se olvide, ya que estamos en este orden de ideas, que, como queda dicho y aún insis-

mente, la determinación del bien jurídico variará sensiblemente según se adopte una u otra perspectiva conceptual.

3. Las consecuencias de la protección penal de la Administración-función.

Tomada la Administración pública, en cuanto hipotético objeto de referencia de la protección penal, en el sentido de función, se producen dos consecuencias:

A) En primer lugar, habrá de concluirse, adoptando una visión global, que, en última instancia, el auténtico objeto de protección es el Estado (persona jurídica que acoge, entre otras, la función de administrar).

En este sentido, resulta demostrativa, por ejemplo, la opinión de ALTAVILLA, según la cual: "...el derecho penal, guiado por una concepción unitaria del Estado, inspirado por ésta inescindibilidad de relaciones, por este entrecruzarse de funciones en el mismo órgano, pero sobre todo por el carácter común de función pública, mirada en su derivación del Estado, acoge una concepción más amplia" de Administración pública, que la de identificarla con la actividad administrativa (630).

... tiré más adelante, los códigos penales, y, de entre ellos, los españoles, denotando un sólido conservadurismo, tampoco se han atemperado en todo momento a las pautas conceptuales marcadas desde la Constitución.

(630) Enrico ALTAVILLA, "Concezione penalistica della pubblica amministrazione", en "Scritti giuridici in memoria di Eduardo Massari", Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1.938, pg. 103.

Pese a lo expresivo del párrafo reproducido, el autor italiano, siguiendo un modo de proceder característico de la concepción totalitaria de Estado en que se inspira, arteramente intenta disfrazar de un carácter más bien "técnico" los "delitos contra la administración pública" del C.p. italiano, reservando el "auténtico" ataque contra el Estado para los delitos que versen sobre la actividad "política" de éste. A este respecto, subraya VASSALLI como "durante muchos años los sustentadores de este Código (de 1.930), y no solamente ellos, han tendido a disociar los aspectos más típicamente políticos (sistema de los delitos contra la personalidad del Estado, de los delitos de huelga y otras normas, sobre todo de la parte especial) de aquellos más propiamente técnicos y jurídicos...El problema es, en cambio, más complejo, porque, en realidad, el elemento político del código vigente empapa institutos y disposiciones bastante más numerosos de cuantos han sido eliminados o puedan eliminarse de un plumazo; y ello no solamente en la parte especial (donde el elemento político no puede dejar de estar presente, cuando se trata de establecer una especie de jerarquía entre bienes jurídicos concebidos como merecedores de tutela penal y de establecer las penas restrictivas), sino también en la parte general" (631).

No obstante, en la distinción (que, quizá, podría intentarse, pero, desde luego, con bases muy distintas), ALTAVILLA se traiciona, por cuanto refleja, en realidad, la imposibilidad, conforme a la teoría de que parte, de establecer compartimentos estancos en las actividades del Estado: "... nuestro Código penal distingue el Estado en su estructura y en su funcionamiento de organismo político, del Estado tutor

(631) "La riforma penale del 1.974. Lezioni integrative del corso di diritto penale", I: "Precedenti e contesto", Milano, Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, 1.975 pg.15.

de derecho, en cuanto constituye "medio" para la realización de un fin práctico y "fin" para reafirmar la estabilidad de su estructura jurídica"; "en esta segunda categoría debería por tanto entrar toda norma de tutela de la administración pública" (632).

Este pensamiento es el que le lleva a no conformarse con el criterio de LEVI respecto a los delitos contra la "administración pública", criterio que restringe (lo que puede resultar engañoso), señalando que la interpretación de LEVI, según la cual los delitos contra la "administración pública" se caracterizan por atacar "la actividad funcional del Estado", es demasiado lata; considerando, a cambio, como tales delitos a "todos aquellos que atacan la actividad funcional del Estado que no tenga carácter político (ej.: art. 289, etc...), en la medida en que no están dirigidos contra el Estado y sus órganos en su esencia institucional" (633). Lo que, obviamente, implica que, en todo caso, se dirigen contra el Estado "en la esencia" que se quiera. En realidad, hay aquí una maniobra, de corte totalitario, dirigida a reducir, si no a eximir de, la responsabilidad penal de aquellos miembros del Estado que efectúan actos "políticos" que, no reuniendo las características "propias" de los delitos políticos que atacan al Estado "en su esencia institucional", tampoco pueden ser castigados, precisamente por su carácter "p^olítico", conforme a las normas que prevén los delitos que, yendo contra el Estado, poseen "técnico" o "jurídico" (634).

(632) Ob.cit.pg.106.

(633) Ob.cit.pg.105.

(634) La opinión de ALTAVILLA sobre este particular, tiene seguidores; V.,p.ej., SANTANIELLO, "Manuale..." cit., pg. 284.

Por su parte, la mencionada opinión de LEVI también refleja, aunque menos drásticamente, al Estado como objeto último de protección (635). En el mismo sentido se pronuncia, con unas y otras matizaciones, la mayoría de la doctrina italiana, como después se verá.

La referencia al Estado como objeto último de protección en los "Delitos de cargo", es una constante en gran parte de la doctrina alemana (636). En alguno de estos autores, la idea de Estado transpersonalizado, víctima y nunca

(635) V., "Delitti contro la pubblica Amministrazione..." cit., pgs. I-2.

(636) V. en este sentido: L. OPPENHEIM, "Die Rechtsbeugungsverbrechen (§§ 336, 343, 344) des Deutschen Reichsstrafgesetzbuches, Eine Kriminalistische Monographie", Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot, 1.886, pg. 22; Hugo MEYER, "Lehrbuch des Deutschen Strafrechts", 5 Aufl., Leipzig, A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung, 1.895, pg. 677; Karl BINDING, "Die Amtsverbrechen und seine legislatorische Behandlung", en GS, Bd. LXIV, 1.904, pgs. 10-11; Eduard HUBRICH, "Die Entwicklung der Kriminal- und Disciplinarstrafgewalt gegenüber dem preussischen Beamtentum und ihre Bedeutung für das Reichsrecht", en GS, Bd. LXXV, 1.910, pgs. 74-75; HENNING, "Die Rechtsbeugung..." cit., pg. 21; von HIPPEL, "Lehrbuch..." cit., pg. 309; Heinrich B. GERLAND, "Deutsches Reichsstrafrecht. Ein Lehrbuch", Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1.932, pg. 353; FITTERER, "Erscheinungsformen..." cit., pgs. 89-90. Otros autores (sin que ello sea ajeno, aunque invirtiendo los factores, a algunos de los anteriormente citados), ponen más el acento en la infracción del deber del cargo y, a su través, normalmente en el ataque al Estado; V. en este sentido: Theodor Reinhold SCHÜTZE, voz "Amtsverbrechen" en "Encyclopädie der Rechtswissenschaft in systematischer und alphabetischer Bearbeitung" ("Rechtslexicon"), herausgegeben von Dr. Franz von Holtzendorf, 2 Theil, Rechtslexicon Bd. 1, Leipzig, Duncker & Humblot, 1.870, pg. 50; MEVES, "Das Wesen der Amtsdelichte und ihre Eintheilung", en GS, Bd. XXXIX, 1.887, pgs. 219-220 y 231 (fundamentalmente); A. MERKEL, "Lehrbuch des Deutschen Strafrechts", Stuttgart, Verlag von Ferdinand Ente, 1.889, pgs. 410-411; Friedrich WACHENFELD, "Lehrbuch des Deutschen Strafrechts", München, C.H. Beck'sche Verlags-

responsable de la actuación de sus propios órganos, resulta evidente, precisamente, a través del intento que manifiestan a alejar esa imposible responsabilidad penal de la persona jurídica que es, en su concepción, el Estado. Así, particularmente, BINDING dice: "Cuando el funcionario público, en contra de su situación jurídica, aplica el poder que le confiere su puesto para la perpetración de un delito, compromete, como órgano indigno, al Estado que le ha nombrado. Mas, el poder estatal mismo permanece inmutable, no queda implicado en el delito, pues el Estado no ha realizado ningún injusto. Tanto el injusto como la culpabilidad residen únicamente en el funcionario" (637). Opinión que, al margen de lo que tiene de correcto en cuanto a la superflua llamada a la individualización de la responsabilidad criminal, denota un intento de desafectar al Estado, como institución, como idea, de todo contacto con el delito que no sea, justamente, el de ofendido por él. En esta línea, se alcanzan

... buchhandlung, 1.914, pg. 590. En concreta referencia a la prevaricación ("Rechtsbeugung"), también señalan al Estado como objeto de protección en última instancia, bien constatándolo directamente o bien a través del circunloquio de la infracción del deber, entre otros: Alfred TREPPER, "Richterbestechung (& 334 StGB) und Rechtsbeugung (& 336 StGB) unter Berücksichtigung auch der Strafrechtsreform", Diss., Erlangen, 1.914, pgs. 58-59; Ludwig BENDIX, "Die Rechtsbeugung im künftigen deutschen Strafrecht", en "Die Justiz", Bd. II, 1.926/27, pgs. 59-60; HENNING, "Die Rechtsbeugung..." cit., pgs. 21 y 23; WACKER, "Die Rechtsbeugung..." cit., pgs. 10-13; Hans-Ulrich EVERS, "Die Strafbarkeit des Richters wegen Anwendung unsittlicher Gesetze", en DRiZ, 1.955, pg. 188; SCHÖNKE-SCHRÖDER, "Strafgesetzbuch Kommentar", 16 Aufl., München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1.972, pg. 1.656; mas matizada, en sentido opuesto, esta opinión por CRAMER, ob.cit., 18 Aufl., 1.976, pg. 1.765.

(637) "Die Amtesverbrechen...", pg. 11.

extremos tan ridículos y, al mismo tiempo, tan graves (por cuanto la reminiscencia del corporativismo medieval que comportan, denuncia el entronque absolutista de esta línea de pensamiento), como la construcción de MEVES, cuando, al señalar que, en su opinión, lo que fundamenta la punición de los "delitos de cargo" son los especiales deberes del funcionario público para con el Estado, fruto de su relación de servicio, traza un paralelo entre éstos deberes y los de un hijo para con sus padres. (638).

B) La segunda de las consecuencias de la adopción, en sede penal, del concepto de Administración-función, es, adoptando ahora una visión concretadora, la necesidad de preguntarse "en que consiste... esta función de administrar dentro del cuadro de las funciones generales del Estado" (639), en cuanto que ello será lo específicamente protegido por la ley penal.

El intento de realizar esta determinación ha sido calificado por la doctrina administrativa como "uno de los esfuerzos más prolongados y más sutiles en la historia de nuestra ciencia -y también uno de los más baldíos-" (640), y viene a resolverse "en la sorprendente adopción final de fórmulas exclusivamente negativas: administrar sería toda actuación del Estado distinta de legislar o de enjuiciar" (641).

(638) "Das Wesen..." cit., pg.231.

(639) GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." T.I cit., pg.21.

(640) V. los diferentes criterios doctrinales para intentar una definición de la Administración, en VILLAR, "Introducción..." cit., pgs. 39 y sgs.

(641) GARCIA DE ENTERRIA, "Curso ..." T. I cit., pg.21; continúa este autor diciendo "criterio cuyo sentido vendría del hecho de que legislar y juzgar se habrían separado del complejo de funciones del viejo Estado absoluto como simples técnicas formales, en tanto

La fórmula negativa no viene a solucionar nada (642). Ese "conglomerado o aluvión" residual (643) obtenido por eliminación, fluye continuamente sobre los límites en que se pretende enmarcar la función administrativa así compuesta, porque, en efecto, "la movilidad de la propia materia administrativa es, sin duda alguna, un obstáculo insuperable para intentar perfilar un modo -material o formal- de administrar" (644), aunque tal perfil se trace por eliminación.

Intentar utilizar la fórmula negativa en sede de derecho penal conduce a resultados insostenibles. En efecto, en opinión de GRISPIGNI (645) "una tutela penal de intereses administrativos se encuentra en los títulos cuarto al undécimo incluido del Libro segundo del código penal, además de en el libro tercero del mismo (646). Y ello porque

... que el resto -un conglomerado o aluvión histórico, donde se mezclan funciones y competencias heterogéneas- no era reducibles a ninguna técnica formal uniforme".

(642) "Como se ha dicho de la misma, este concepto puramente negativo sería lo mismo que un geógrafo que para definir el mar dijese que es todo aquello que no es ni cielo ni tierra" (VILLAR, "Introducción..." (cit., pg.48); aunque, como este mismo autor señala, esta fórmula, sin ser suscribible, es, desde luego, mucho más fructífera que los intentos descriptivos positivos.

(643) Aunque, en realidad, el verdadero residuo, desde esta óptica, más bien son el legislar y juzgar.

(644) GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." T. I cit., pg.22.

(645) "I delitti contro la pubblica amministrazione", a cura di R. Dolce, Roma, 1.953, pgs.12 y sgs., citado, entre otros, por SANTORO, "Manuale di Diritto Penale", II: "Parte Speciale: Delitti contro lo Stato", Torino, UTET, 1.962, pg. 218, n.1 y pg. 220, notas 1 y 2 y por TAGLIARINI, "Il concetto..." cit. pg.110, n.70. Lo que a continuación entrecomillo en el texto es de este último autor y ob., pgs. 110-111, en la exposición que hace de la opinión de GRISPIGNI.

(646) Tit. IV: "De los delitos contra el sentimiento re-

el interés al orden público, a la fé pública, al regular de senvolyimiento de las actividades económicas y comerciales, a la incolumidad pública, etc., así como los más particulares intereses tutelados por los distintos tipos contravencionales deben "desde un punto de vista jurídico",... considerarse como intereses administrativos del Estado, desde el momento en que se trata de intereses de carácter público que no pueden, sin embargo, entrar en el conjunto de los políticos o jurisdiccionales y vienen, en cambio, a entrar en el ámbito de los intereses administrativos en base a un procedimiento de selección negativa, propio de algunos planteamientos de la doctrina administrativista" (647).

... ligioso y contra la piedad a los difuntos"; Tit. V: "De los delitos contra el orden público"; Tit. VI: "De los delitos contra la incolumidad pública"; Tit. VII: "De los delitos contra la fé pública"; Tit. VIII: "De los delitos contra la economía, la industria y el comercio"; Tit. IX: "De los delitos contra la moralidad pública y las buenas costumbres"; Tit. X: "De los delitos contra la integridad y la sanidad de la estirpe"; y Tit. XI: "De los delitos contra la familia".

(647) En el mismo sentido que GRISPIGNI, expresamente, Remo PANNAIN, "I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione", Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1.966, pg. 6. Por su parte, SPINELLI se plantea, sobre la opinión de ZANOBINI, el concepto negativo; pero, prefiere seguir el positivo, intentado por ese autor; entiende que el concepto que así obtiene es el de Administración "en sentido objetivo", al lado del que sitúa el de Administración "en sentido subjetivo", que son "los órganos del poder ejecutivo"; concluye señalando que el ejercicio anormal de la Administración en sentido objetivo, da lugar a la aplicación de las normas del derecho penal administrativo, mientras que si se la ofende en su aspecto subjetivo, y ello no se realiza por las personas que la atienden, o en el prestigio de los individuos que la ejercen, se aplican los preceptos penales ordinarios ("I delitti contro la pubblica Amministrazione", Estratto da C.B.L.P., Fasc. 3-4, 1.962, Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1.964, pgs. 546-548; los subrayados en el original); la idea es defectuosa: también los funcionarios pueden cometer los "delitos contra la

La adopción de este concepto de Administración lleva a desvirtuar la perspectiva del bien jurídico, propia del derecho penal, que exige precisión en su determinación, y no una generalización que busca las conexiones de lo inmediatamente protegido, convirtiéndolas en objeto primero de tutela, cuando sólo indirectamente, a través de los bienes específicos considerados por la norma, existe tal defensa; tal actitud revela, como resalta TAGLIARINI (648), la adopción de una perspectiva sociológica (ya que, mediatamente, todos los referidos intereses, su protección, apuntan a la idea de sociedad bien administrada), en lugar del examen de un fenómeno jurídico; por último, el criterio podría extenderse prácticamente a todos los demás bienes jurídicos que el código intenta salvaguardar, por cuanto también la Administración debe asegurar un goce pacífico de la vida, la salud, la propiedad, etc. (649).

... administración pública" "reservados" para los particulares; el matiz diferencial no sólo reside en que se sea funcionario, sino en que se actúe ejerciendo la función; por otra parte, el intento de ZANOBINI de definir así la Administración, no ha resistido las críticas de la doctrina: V., VILLAR, "Introducción..." cit., pg.45.

(648) "Il concetto..." cit., pg. 112.

(649) En algunos de los tipos referidos a estos bienes jurídicos, incluso se detecta una patente conexión con el interés público: p.ej., en el C.p. español, las maquinaciones para alterar el precio de las cosas, examinadas desde una óptica actual. Por lo demás, cfr. las críticas de TAGLIARINI, "Il concetto ..." cit., pgs. 11-114, y de SANTORO, "Manuale..." cit., pgs. 220-221, a la opinión de GRISPIGNI.

También al concepto negativo de Administración, así como a su entendimiento como "una determinada función objetiva o material" o como "complejo orgánico más o menos ocasional", se opone por la doctrina administrativista la consideración de la Administración como persona: "Este de la personificación es el único factor que permanece siempre, que no cambia como cambian los órganos y las funciones... Todas las relaciones jurídico-administrativas se explican en tanto la Administración Pública, en cuanto persona, es un sujeto de Derecho que emana declaraciones de voluntad, celebra contratos, es titular de un patrimonio, es responsable, es justiciable, etc." (650).

4. Estado-persona y Administración-función en los Cods.pens. españoles del s.XX.

La legislación y la doctrina penales no son, no podrían serlo, ajenas a estos planteamientos en torno al concepto de Administración, que se hacen en otras ramas del llamado derecho público.

Puede observarse, no obstante, por lo que a la doctrina respecta, que al proyectarlos sobre la ley o sobre la literatura no son, en algunos casos y del todo, conscientes de la completa trascendencia que tiene su utilización, de la toma de postura política que la adopción de uno u otro concepto de Administración implica.

Y, sin embargo, es fundamental percatarse expresamente de esta conexión con lo político.

A) TRIEPEL, precisamente criticando negativamente el método

(650) GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." T. I cit., pg. 22.

patrocinado por GERBER, denominado textualmente "Construcción jurídica", método que "puede ser rastreado en antiguas consideraciones de ALBRECHT" y que "luego fue adoptado por LABAND... que lo utilizó con acabada maestría" (651), mantiene que "el Derecho público no tiene absolutamente otro objeto que lo político"; "el profesor de Derecho público no puede, por tanto, renunciar a analizar los fenómenos o intenciones políticas con criterios jurídico-públicos"(652); y, más adelante, recuerda como "ya PUFENDORF se enojaba con los profesores de Derecho público que estudiaban la Constitución alemana sin conocer las res civiles, esto es, la Política. Son tan aptos para sus asuntos -decía- como el asno para la música de arpa" (653).

En realidad, y esto es más grave, ninguna, ni la más pretendidamente aseptica, construcción jurídica es ajena a la política. TRIEPEL, lo destaca diciendo: "no hay duda alguna de que muchos de los conceptos y axiomas del Derecho público, que circulan con la veste de lo puramente jurídico, no son otra cosa que formas de expresión de tendencias políticas" (654). En este sentido, VILLAR, precisamente al analizar el formalismo de LABAND, indica que "todo jurista es un ideólogo encubierto, pues el neutralismo es algo imposible en el Derecho y es imposible el lavatorio de manos antes de la construcción jurídica (655). Lo anterior, coincide en gran medida con lo expresado, de manera

(651) "Derecho Público..." cit., pgs. 37 y sgs.

(652) Ob.cit.,pg.42. En este sentido se manifiesta QUINTERO, Represión penal..." cit. pgs.20 y sgs.

(653) Ob.cit., pg.51.

(654) Ob.cit.,pg.76.

(655) "Introducción..." cit.,pg.29.

mas general y radical, por LOPEZ ARANGUREN: "ningún intelectual puede declararse neutral frente a la política o no-político porque eo ipso se pone al servicio del Poder" (656).

Y no es sólo cuestión de actitud personal, porque, como vendrá a decir en otro lugar TRIEPEL, lo interesante hoy no es sólo ocuparse "de la relación de los profesores de Derecho público con la Política sino de la relación de su ciencia con lo político" (657).

(656) "El marxismo como moral", Madrid, Alianza Editorial, 1.968, pg.28; en realidad, cuando se trata de la interpretación, aplicación o mero empleo del derecho, la consustancial carga política de éste trasciende del campo "intelectual": como expresivamente se ha dicho, "el jurista, el burocrata, cuando corrientemente se definen apolíticos, con frecuencia son sólo políticos del modo conforme al sistema jurídico" (Enrico SPAGNA MUSSO, "Note per una discussione organica sulla utilizzazione politica del diritto", en "L'uso alternativo del diritto", I: "Scienza giuridica e analisi marxista", por Pietro BARCELLONA y otros, Bari, Editori Laterza, 1.973, pg.50).

En este orden de ideas, es interesante la disgresión de TARELLO sobre la afirmación, hoy frecuente en la literatura jurídica -por lo menos en la no española y, posiblemente, muy pronto en la de aquí-, de que la actividad del jurista no es, o no es sólo, o no es sin residuos, una actividad "técnica"; sino que, mas bien, la actividad del jurista es, o es también, una actividad "política" ("Storia della cultura giuridica moderna", vol. I cit., pgs. 15 y sgs.; más ampliamente sobre este tema, V., del mismo autor, "Orientamenti della magistratura a della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete", en "L'uso alternativo..." T. I cit., pgs.59-102).

(657) Ob.cit., pg.47.

El Derecho penal no es una excepción de esta tónica, como cumplidamente se muestra, entre otros muchos, en los trabajos de ENZENSBERGER (658) y, ultimamente, en España, BARBERO (659); aunque no sean líneas de pensamiento del todo coincidentes.

En efecto, de la comparación de ambos trabajos surgen interesantes y meditables diferencias. En este sentido una de las, en mi opinión, mas llamativas (aunque aparentemente no sea lo esencial del conjunto de la obra), es que mientras para BARBERO (660) "es sumamente sutil, aunque de difícil traslado al ámbito jurídico penal", la afirmación de LUCAS VERDU de que "el derecho ha luchado continua haciéndolo- contra el mismo Estado" (661), una idea central del pensamiento de ENZENSBERGER (en cierto sentido más ambiciosa que la de LUCAS VERDU), que precisamente permite acceder a la interconexión derecho-esfera política y, mas concretamente, Derecho penal-política, es la de que "todas las disposiciones legales hasta la fecha son una protección frente al poder y, al mismo tiempo, su instrumento" (662):

-
- (658) "Politica y delito" cit., en especial, dentro de esta ob., "Reflexiones ante una celda encristalada", pgs. 7-34, fundamentalmente, pgs. 12,13 y 16.
 - (659) "Politica y derecho penal en España", Madrid, Tucur Ediciones S.A., 1.977, especialmente "Prologo", pgs. 9-22.
 - (660) Ob. cit., pg. 10, n.4.
 - (661) V., Pablo LUCAS VERDU, "La lucha por el Estado de Derecho", Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1.975, pg. 129.
 - (662) "Reflexiones ante una celda encristalada", en "Política y delito" cit., pg. 12.

Quizá partiendo de esta consideración se ilumine la afirmación de LUCAS VERDU y resulte menos arduo su traslado al campo del Derecho penal. Afirmación que, por lo demás, a mi entender, justamente desde la perspectiva jurídico-penal, no resulta ni excesivamente sutil (pues es algo continuamente señalado, casi tópico, en la consideración de las bases del actual Derecho penal, asentadas precisamente en la pugna frente al Estado -ya conformado- del "antiguo régimen"),ⁿⁱ resulta especialmente dificultoso su traslado al ámbito jurídico-penal (pues no hay más que pensar -siguiendo con el ejemplo anterior- en el origen de ideas tales como las de codificación, principio de legalidad, proporcionalidad de las penas, protección penal de los derechos individuales, etc...).

Vuelve en esta materia a cobrar importancia la idea de las normas "concedidas" y "conquistadas": como dice J. E. SERRANO, de todas las normas -sobre todo de las de contenido estructural- puede decirse tanto que son normas "concedidas" (es la clase dominante quien, a través del control del aparato del Estado, crea el Derecho) como que son "conquistadas" (la presión social siempre existente alcanza en determinados momentos tales cotas que es entonces cuando se "fuerza" una modificación del Derecho hasta entonces vigente). Lo que ocurre es que siempre cabe establecer alguna diferencia en función del camino seguido" (663).

Algo menos fácil resulta, a veces, mostrar el segundo aspecto de las disposiciones legales (en este caso penales) resaltado por ENZENSBERGER: su carácter de instrumento de poder. Dificultad no nacida, desde luego, de la falta de material sobre el que realizar la demostración, sino más bien, por la presencia de prejuicios ideológicos cuyo enraizamiento -y las causas de este cerrarían un círculo dialéctico- hace árido el razonamiento. No me estoy

(663) "La Ley de Relaciones Laborales..."cit.,pg.480,n.37.

refiriendo, evidentemente, a esas normas que son fiel reflejo de una situación de dictadura, cuya burda contextura hace bastante simple la operación de "descubrir" en que clara medida tales normas son instrumento del poder detentado, sino a aquellas disposiciones o principios jurídicos cuyo sólido asentamiento ideológico les permite pasar de una a otra situación política sin casi variación. Demostrar que también aquí el poder está instrumentalizando al derecho, es algo más complejo, aunque sólo sea por su mayor dificultad de aceptación. Tres ejemplos de ello:

Primero. La crítica negativa al principio (básico en el actual Derecho penal y arrancado al Estado absolutista) de legalidad. Crítica que existe y que, evidentemente, se construye desde un punto de vista político (664) y que lleva a la conclusión (considerando la crítica positiva) de que es un principio meramente funcional (665).

Segundo. La opinión del propio LUCAS VERDU cuando dice: "El defecto de la lucha extrajurídica y extraparlamentaria del izquierdismo extremista estriba en que su enfrentamiento radical con el sistema establecido las impulsa a despreciar las conquistas liberales perennes: seguridad personal, libertad de conciencia, libertad de expresión, etc..., que se consideran desviaciones burguesas inservibles. Olvidan que estas libertades se lograron frente al Estado del Antiguo régimen, que otras más recientes de índole económico-social, aunque sean más o menos imperfectas, se arrancan al

(664) V., Alessandro BARATTA, "Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale", en Q.C., n.1, gennaio-aprile 1.975, pgs. 28 y sgs., especialmente, pgs. 32-33.

(665) Resulta estimulante a este respecto, no las conclusiones pero sí la temática planteada por RADBRUCH, E. SCHMIDT y WELZEL, en los tres trabajos recogidos, traducidos y comentados por José María Rodríguez Paniagua en "Derecho injusto y Derecho nulo", Aguilar S.A. de Ediciones, 1.971.

Estado liberal individualista y que la crítica que esgrimen -tan demoledora- les es permitida, al menos en gran parte, cosa que los extremistas de izquierda, si triunfasen, no concederían a sus adversarios" (666). Con lo que manipula los planteamientos de gran parte de esa "izquierda extremista" y "extraparlamentaria", en los que por lado alguno aparece la negación de esas libertades, sino, muy al contrario, la exigencia de su completo desarrollo, efectiva aplicación y abandono de su utilización instrumental (en cuanto "concedidas") a cambio de su empleo como auténticas libertades (en cuanto "conquistadas"). Olvida además, por su parte (y esto es más importante), que la misma dialéctica por él aceptada para explicar el actual estado de cosas, debe aplicarse para entender la realidad presente y su futuro, es decir, que sí, ciertamente, el derecho ha estado, y está, en lucha con el Estado, que si las libertades a que alude se conquistaron en pugna con el Estado (absoluto), también ahora es legítima una lucha contra el Estado (liberal e intervencionista, que es paradoja aparente) para avanzar en esas y "arrancar" otras libertades; como mínimo, para que puedan ejercitar aquellas todas las clases sociales, todos los individuos. ¿O es que ya se ha encontrado el derecho? ¿O es que ya es suficiente con que, por ejemplo, se haya "arrancado" la "igualdad" al Estado absoluto y se haya depositado cuidadosamente en el fanal de la norma legal, renunciando, sin duda por temor a estropearla, a que efectivamente exista? (667).

(666) Ob.cit.,pg.131.

(667) Sobre el carácter de "meras apariencias" que, "desde un análisis real, no formal", tienen "la libertad e igualdad que se atribuyen a todos los ciudadanos" en los textos legales, V., J.E. SERRANO, "La Ley de Relaciones Laborales..." cit.,pg. 485 y la bibliografía allí citada, con consideraciones que son trasportables al llamado "Derecho público" y, dentro de este, al Derecho penal, como han mostrado, p.ej., SATER, "Por la abolición de la carcel", en "El pre-

Tercero. Las mismas características del tema objeto de este trabajo, sirven para mostrar, como espero haber ido dejando constancia, que los "delitos de funcionarios", siendo una conquista al Estado absoluto, son un instrumento del Estado actual, pero, al propio tiempo, pueden emplearse frente a él.

También el principio de legalidad (en su vertiente negativa, como dique de defensa de lo positivizado -y ¿quien positiviza?-) es un instrumento de poder; como lo es concluir la presencia de una juridificación cerrada, con sólo posibilidades internas de desarrollo.

Por lo demás, ¿que es extraparlamentario? ¿el abuso de los Decretos-Leyes, acompañados de un fosilizado trámite de urgencia, o la italiana "Carta delle libertà (progetto di legge d'iniziativa popolare per l'attuazione delle libertà e garanzia costituzionali)"?. Y ¿que es extrajurídico? ¿el asalto a las fórmulas legales desde el poder en, por ejemplo, el "estado de necesidad" alegado por el Ministro del Interior alemán en el asunto de los micrófonos de la Baader-Meinhof, o la resolución del Tribunal francés en el caso Bobigny?

Ante todo lo anterior, puede resultar conveniente reflexionar sobre la afirmación de BARCELLONA de que "es precisamente la presentación del razonamiento jurídico como reconstrucción del sistema lo que, si en la práctica puede tal vez suministrar argumentaciones teóricas al fundamento de decisiones judiciales, impide un análisis crítico de las funciones de las instituciones jurídicas en relación a la efectiva distribución de los poderes en la sociedad y, en particular, impide comprender y expresar sobre

... so común en España" cit., pgs. 12-13, y BARATTA, "Criminología crítica e politica criminale alternativa" cit., pgs. 339 y sgs.

el plano de la experiencia jurídica la dialéctica entre intereses ya realizados e intereses aún por realizar" (668).

En suma, por lo que a la presente investigación respecta, "si llamamos 'político'... a todo aquello que se refiere a los fines del Estado o a su delimitación respecto de los fines individuales, resulta claro que una total comprensión de las normas del Derecho público resulta absolutamente imposible sin la inclusión de lo político" (669). ¡Y, ¿qué más próximo a tales fines, salvo ellos mismos, que las actividades desarrolladas para su logro?! (670).

B) Resulta, pues, en relación a los dos contrapuestos conceptos de Administración, de singular importancia, resaltar la toma de postura política, y determinar cual sea esta, que se produce al adoptar uno u otro.

En este sentido, puede afirmarse que al acoger la perspectiva de la Administración-función (o, más generalmente, la del Estado-persona jurídica realizadora de funciones), en el pretendido liberalismo de planteamiento de algunos códigos penales, se van a insertar ideas-secuela del antiguo régimen, disfrazadas por esa reelaboración, que las robustece en la medida en que, de un lado, difumina su origen y, de otro, se presenta adornada de la virtud de la construcción doctrinal (¡científica!), de la filosofía idealista alemana y de la Escuela Alemana de Derecho Público.

(668) "Uso alternativo e riserva di liceità a favore della prassi 'emancipatoria'", en "L'uso alternativo..." cit., T. II: "Ortodossia giuridica e pratica politica", pg.126.

(669) TRIEPEL, ob.cit.,pg.53.

(670) V. el concepto de "función pública" suministrado por COBO, "Examen crítico..." cit.,pg.230, al que antes me he referido.

No habrá, entonces, mucha dificultad, sino, al contrario, base de propulsión para que los movimientos totalitarios producidos en el presente siglo, acepten el planteamiento en esta materia y lo desarrollen aproximándolo a su ideario (671).

Más aún, cambiadas las perspectivas constitucionales producidas por estos movimientos, no se advierte, o no se quiere advertir, que en punto a los delitos referidos a la Administración pública, los códigos penales mantienen los antiguos esquemas. La doctrina también: sólo tarde y minoritariamente, y aún en algunos casos de un modo más de pro-

-
- (671) En este punto, y también para gran parte de lo que llevo dicho, resulta esclarecedora la opinión de CERRONI según la cual: "Para retomar una frase de Marx, según la que el ancien régime es la tara oculta del Estado político-representativo, es preciso comprender que, si bien dicha tara tiende a hacerse patente, el núcleo del problema está propiamente allí donde ésta permanece oculta. Es, entre otras cosas, la oculta vocación ancien régime del Estado liberal, la que permite comprender cómo, en determinadas condiciones, el mismo pueda trasmutarse en Estado fascista sin significativos cambios de personal y sin profundas conmociones político-jurídicas" ("Il problema della teorizzazione dell'interpretazione di classe del diritto borghese", en "L'uso alternativo ..." T. I cit., pg. 7 -existe versión castellana en "Liberalismo y socialismo: Problemas de la transición. El caso chileno", por Fernando CASTILLO y otros, Madrid, Tucur Ediciones S.A., 1.975, pgs. 205-215). La pervivencia de la "majestad" estatal, en una línea continua y directa desde sus orígenes hasta hoy, es algo ya ampliamente resaltado: V., magistralmente, ENZENSBERGER, "Sobre una teoría de la traición", en "Política y delito" cit., pgs. 295-312.

posición accidental que de conclusión fundamentada, se toma conciencia del problema.

C) Un ejemplo que apoya lo que digo es el C.p. italiano de 1.930. Señala TAGLIARINI como si se observan los trabajos preparatorios y la literatura coetanea y posterior al mismo, se advierte inmediatamente como se destacan los aspectos innovadores y contrapuestos a los de los regimenes precedentes, aspectos que afectaban a varios títulos del Código "cuales los que conciernen a la personalidad del Estado, la integridad y sanidad de la estirpe y la economía pública, pero no en el título destinado a los delitos contra la administración" (672). Ello no quiere decir, sin embargo, que no pueda detectarse algún rasgo característico de la nueva ideología en punto a tales delitos (673).

(672) "Il concetto..." cit., pg. 78; el subrayado es mío. Según CICALA ("Compendio di Diritto Penale. Lezioni pronunciate nella Università di Roma nell'anno accademico 1.935-36", Roma, 1.936), los principales criterios directivos del nuevo C.p., desde el punto de vista de los fines políticos del mismo, con: 1°. "Afirmación de la supremacía del Estado" (o.cit., pg. 2); 2°. "Relevancia jurídica a los intereses políticos, económicos y religiosos nacionales" (ob.cit., pg.4); 3°. "Revigorización de la tutela penal y criminal en su sistema" ("introducción de nuevas penas", "agravación de los mínimos y máximos legales de las penas relativas a los singulares delitos", "nuevos delitos", "nuevo mecanismo de consideración y de tratamiento de la criminalidad") (ob.cit., pgs. 6 y sgts); 4°. "Elevación de las bases y de los vínculos de la institución familiar" (ob.cit., pg. 20); 5°. "Elevación del tono y del grado de la moralidad pública y de las buenas costumbres" (ob.cit., pg.20); 6°. "Eficaz protección de la sanidad e integridad de la estirpe" (ob.cit., pg.21); 7°. protección del individuo "en sus intereses físicos y morales" ("extensión de la pena de muerte a las más graves formas de homicidio"), "exclusión de la prueba liberadora en los delitos contra el honor" (ob.cit., pg.22); 8°. "Elevar el régimen penitenciario" (ob.cit., pg.23).

(673) Cfr. TAGLIARINI, "Il concetto..." cit., pg. 78.

La ideología fascista, en efecto, tiene la necesidad de adoptar el ordenamiento jurídico a su concepción del Estado. Como es lógico, ello afecta a la parte del ordenamiento que es el Derecho penal y, dentro de éste, al C.p. (674). Por lo que respecta a los delitos contra la seguridad del Estado, la tendencia de potenciar éste al máximo y la de identificar sus fines con los del régimen, provocó, por una parte, la agravación de las penas de los delitos tradicionalmente allí ubicados y, por otra, la inclusión como "crimen lese" de los delitos políticos contra el régimen que ya se encontraban en la legislación especial; por lo que se refiere a los "delitos contra la administración pública", en cambio, las alteraciones no fueron tan evidentes, si bien se advierten con claridad que las mismas tendencias influyeron en la ampliación del concepto de "administración pública" (675).

Concretamente, el nuevo C.p. dota de mayor alcance al concepto de "pubblico ufficiale" (art. 357) respecto al contemplado en el código Zanardelli (676) y, además, crea las figuras, desconocidas en este cuerpo legal, del "encar-

(674) Dice VASALLI: "En la valoración del Código de 1.930 ... no se puede prescindir del elemento político" ("La riforma..." cit., pg.15). Según CICALA: "El nuevo código penal, entrado en vigor el 1 de julio de 1.931, no es el código de ésta o aquella escuela, sino el código de la Revolución Fascista... Dicho carácter político se comprueba por el estudio de los nuevos criterios fundamentales de la reforma" ("Compendio..." cit., pg. 1).

(675) Cfr. TAGLIARINI, "Il concetto..." cit., pg. 82, n. 13.

(676) Según STORTONI: "por lo que concierne a la noción de "pubblico ufficiale" del art. 357 C.p., el legislador fascista quiere acuñar expresamente una fórmula capaz de abarcar en la propia previsión a cualquier sujeto, lo que se conciliaba bien con una visión autoritaria del Estado... De este modo se perseguía el doble fin de asegurar la tutela penal representada por los delitos de los particulares contra la admi-

gado de un servicio público" (art. 358) y del "ejercicio de un servicio de necesidad pública" (art. 359); por otra parte, como ya he señalado en otro lugar, el código Rocco pretende terminar con la vieja discusión en torno al alcance del concepto de administración pública, y el que suministra es, taxativamente, comprensivo tanto de la función administrativa, cuanto de la legislativa y de la judicial.

Por lo demás, ello es perfectamente congruente con, por un lado, la revisión que en ese momento se está haciendo de la teoría de la división de poderes rígidamente entendida, ante la imposibilidad de practicarla, y la tendencia consiguiente a imponerse la teoría de la "prevalencia", lo que sería artera y fácilmente aprovechado por el fascismo; y es también congruente, por otro lado, como derivación de la fraudulenta maniobra anterior, con "la concentración, afirmada progresivamente por el fascismo, de todas las opciones políticas "decisionales" en la figura del Jefe del Gobierno y el paralelo "vaciamiento" de poder de los órganos parlamentarios, así como la conexas y rígida subordinación de la administración pública a las prescripciones de gobierno y, en casos no raros, de partido." (677).

(676) nistración pública, respecto de un vastísimo número de sujetos (piensese que, puntualmente, la jurisprudencia no vacilaba en introducir entre los funcionarios públicos a los funcionarios del partido fascista, como recuerda Malinverni...) y de garantizar una amplia fidelidad a la líneas política del régimen a través de las normas que preven los delitos de los "extraños" contra la administración pública. En realidad, la misma noción de función administrativa a la que hace referencia el juez para definir al "pubblico ufficiale" y que, según el legislador, se entendía bien determinada en el derecho público...resulta, como es notorio, de no fácil unívoca determinación" ("l' abuso..." cit., pg. 134, n. 49).

(677) TAGLIARIANI, "Il concetto..." cit., pg.90.

D) El Código penal español de 1.928, poseedor, como señala BARBERO, de "una clara impronta totalitaria o fascista" (678) pretendía realizar paralelas operaciones a las del italiano de 1.930 respecto de los delitos contra el Estado y contra la función pública.

En efecto, como reseña E.CUELLO (679), el nuevo código penal incorpora muchas de las figuras previstas en la legislación especial anterior a su vigencia. Legislación que puede dividirse, según BARBERO, en "dos clases, claramente diferenciadas entre sí. Las del primer grupo, pretendían reprimir graves manifestaciones de criminalidad común de carácter epidémico o determinadas conductas delitivas de motivación política...El segundo grupo, se inspiró, por el contrario, en los postulados de la denominada dirección intermedia o movimiento de política criminal...(las primeras) no sólo son excepcionalmente severas, alguna prevé incluso la pena de muerte como pena única, sino que -y ésto es no menos recriminable- suelen otorgar los delitos que sancionan a la jurisdicción

(678) "Principios político-criminales..." cit., pag. 190. "Código penal -dice JIMENEZ DE ASUA- que nadie llamó así y que fue conocido con los intencionados nombres de "Código gubernativo" y "Estatuto penal fascioso" ("Código penal reformado..." cit., pg.50; también en "La Legislación penal de la República Española", Madrid, Editorial Reus (S.A.), 1.932, pag. 6).

(679) "El Nuevo Código Penal..." cit., Lib. Primero (1929), pags. 19-22.

militar" (680). Para este autor, la mayor tacha del código "la constituía su excepcional severidad: preveía la imposición de la pena capital aún en más casos que el código de 1.870, lo que derivaba, en parte, del hecho de haberse incorporado al Código los preceptos sustantivos, es decir, no procesales, de la mayoría de las leyes especiales promulgadas en los decenios precedentes para reprimir la delincuencia común de carácter epidémico o la de carácter político. El propio Cuello Calón califica este criterio de desacertado" (681). Efectivamente nuestra E. CUELLO este desacuerdo (682) , y en su exposición no encuentra otro paralelo a esta operación dentro del "gran movimiento de reforma penal que se manifiesta en Europa", que, precisamente, "en el proyecto italiano de 1.927"; y, aún, entiende más desafortunada la incorporación verificada en el Código español por cuanto la legislación especial llevada al italiano "se trata generalmente de preceptos desprovistos de carácter transitorio que no se incluyeron en el Código vigente en este país o por dificultades técnicas o por esperar la próxima reforma de la ley

(680) "Principios político-criminales..." cit., pags. 187-188. Además de en la ob. y pags. de E. CUELLO cit. en la n. anterior, V. la referencia de esa legislación especial y su clasificación en los dos aludidos grupos, en ANTON, "Los antecedentes..." cit. pags. 16-18 (en tal legislación especial distingue unas leyes en que predomina "la tendencia mitigadora de la represión"-pg. 16-y "otras leyes obedientes a empíricas exigencias defensistas buscan la eficacia interpretando la defensa social como defensa política o de clase"-pg. 17-).

(681) "Principios político-criminales..." cit., pag. 190; en el mismo sentido, V., ANTON, "Los antecedentes ..." cit. pags. 22 y sgs. : hablando todavía del Proyecto de Código ("fue unánime la tacha de severidad..."), lo califica de "duro y autoritario" (pg. 23); refiriéndose ya al Código, a través de la cita de distintas disposiciones del mismo (pgs. 26-27) demuestra "la facilidad con que la defensa social se puede convertir en defensa política"

penal común" (683).

Ahora bien, si no cabe la menor duda en el indicar que "la inspiración política del Código es autoritaria" (684), debe advertirse que en punto a los delitos a que me estoy refiriendo, el Código, como he dicho antes, se queda en la pretensión de materializar esa inspiración que no llega a cuajar del todo pues, como dice CERESO, "estando en suspenso la Constitución de 1.876 se relegó a una Ley especial posterior la regulación de gran parte de los delitos contra la seguridad interior del Estado, manteniéndose de momento la vigencia de los preceptos del Código penal de 1.870" (685). No creo sin embargo, que ello empieza el referido paralelo con el código Rocco, desde la perspectiva en que lo estoy trazando, es decir, como corroboración de que, en las circunstancias descritas, poco esfuerzo precisaron los movimientos totalitarios para hacer de los códigos penales instrumentos especialmente útiles para sus propósitos; la pretensión de hacer aún más

(...) (pg. 26).

(682) "El Nuevo Código Penal..." cit., Lib. 1ª, pg.21, n. 14.

(683) "El Nuevo Código Penal..." cit., lib. 1ª, pgs. 21-22, n. 14. Bien es cierto que ese "generalmente" (que indica que otros preceptos no gozan de tal carácter) y en los intereses incidentes sobre esa "espera" (que puede indicar el deseo de que sea directamente un Código represivo el que recoja esa naturaleza de la legislación especial), reside la, también negativa, crítica que puede hacerse al proyecto italiano.

(684) CERESO, "Curso..." cit., pag. 123.

(685) "Curso..." cit., pag. 123, en el mismo sentido, ANTON, "Los antecedentes..." cit. pg. 28 y "Parte General" cit., pag. 67.

autoritarios los delitos contra el Estado estuvo presente, y si no se practicó sobre el código fue por una razón coyuntural (686), precisamente la necesidad de modificar una constitución estimada liberal en exceso, para lograr congruencia con los preceptos defensistas y severísimos, pensados para el código (687).

Respecto a los delitos contra la función pública, el Código penal de 1.928 opera dos distintas modificaciones, ambas tendentes a la ampliación del campo de dicha función en sede penal. La primera de ellas, se refiere al concepto de funcionario público: el artículo 214 que lo recoge, supone, respecto a sus precedentes, su extracción de la "Parte Especial", en donde hasta entonces se había encontrado, y la consiguiente ampliación de su esfera de aplicación, ya no limitada a los títulos a que cada uno de los anteriores códigos se referían, sino con validez para todo el código (688).

-
- (686) V. la E. de M. del C.p. de 1928, Manejo el "Real Decreto-Ley de 8 de septiembre de 1928 publicando el Código Penal", Edición oficial, Madrid, Editorial Reus, 1928.
- (687) Según ANTON, "en el aspecto político es un Código incompleto, contrastando los propósitos recopiladores de la reforma y el desglose de una parte de los delitos contra la Constitución; de modo que se incorporan a la ley penal fundamental preceptos obedientes a necesidades sociales, variables y, en cambio, se dejan para un régimen de excepción los que más requieren estabilidad. Es también, en los puntos más arriba aludidos, un reflejo del régimen político que lo trajo al mundo, como el Código ruso y el Proyecto italiano, aunque no precisamente en la misma intensidad" ("Los antecedentes.."cit., pag.30).
- (688) Cfr. COBO, "Examen crítico..." cit., pag. 222 .

La segunda de las aludidas modificaciones versa sobre el contenido del título: ya la rúbrica del entonces título V ("Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos y otros análogos") anuncia la considerable ampliación que, en efecto, se realiza en él; se adicionan numerosos tipos y se modifican, siempre con pretensión de ampliar la esfera de aplicación, otros. Ciertamente en muchos casos tales adiciones resultan innecesarias por quedar sus previsiones ya abarcadas en los términos de los tipos preexistentes, y, ciertamente también, en otros casos se trata de particularizaciones, lo que permite que al referirse a estas modificaciones se pueda decir, simplemente, que "el Código de 1.928, aparte de la creación de algunos tipos secundarios, trató de resucitar aquella cláusula general" (referida al castigo de los "excesos que no habían sido específicamente previstos") (689). Mas, desde la perspectiva en que estoy examinando el tema, varios de estos "tipos secundarios" cobran singular relevancia en punto a esa ampliación del concepto penal de función pública o a la agravación de las penas impuestas a quienes la atacan (así, los arts. 425, 428, 429, 430, 3^a, 433 a 436, 440 a 442, 447, 448, etc...); quizá de entre todos ellos destaque precisamente la aludida cláusula general (arts. 449 a 453), situada en el capítulo VI, cuya rúbrica ("infracciones de los deberes del cargo no comprendidas en otras disposiciones de este código o de leyes especiales") es una de las más claras expresiones de corte totalitario que posee este código.

A lo anterior debe añadirse algo bastante significativo a los efectos de este trabajo: como es sabido, el

(689) RODRIGUEZ DEVESA, "Parte Especial" cit., pag 222.

código penal de 1.928 creó el título de "delitos contra la administración de justicia" (título VI del Libro II) que, con variaciones (690), se mantendrá hasta hoy. En buena lógica, por lo que respecta al título de "delitos de los funcionarios públicos", debería haber tomado de éste aquellos tipos prevalentemente ligados a un ataque contra la "administración de justicia" (691). Sin embargo, no operó así, prefiriendo mantenerlos en su antigua ubicación.

Lo que, por lo demás, será un criterio que seguirán las sucesivas modificaciones, pese a que, en cambio, tanto en 1.932 como en 1.944, y, más tarde, en 1.951. se realizaran alteraciones en el título de "delitos contra la administración de justicia" e, incluso, en 1.932, ello implicara trasiego de tipologías preexistentes en otros lugares del código, por lo que no puede residir en un argumento de conservación del modelo legal anterior (útil para la práctica) la razón del mantenimiento en el título de "delitos de funcionarios" de los aludidos tipos; en consecuencia, la crítica que sobre ello se pueda hacer respecto al código penal de 1.928, vale también para los códigos posteriores.

(690) V. RODRIGUEZ DEVESA, "Parte especial" cit., pag. 915 y MUÑOZ CONDE, "Parte Especial" cit., pags. 625-626.

(691) En este sentido, tanto RODRIGUEZ DEVESA (ob.cit., pg. 915) como MUÑOZ CONDE (ob. cit., pag. 626) reclaman la inclusión entre los delitos "contra la Administración de Justicia", de la prevaricación (no añaden más matices: parece que debe concluirse que refiriéndose a la prevaricación judicial, dejan fuera la del actual art. 358, lo que no está claro es si también abarcan o no a la de jueces y funcionarios del 359 v a la de abogados y procuradores) y de la infidelidad en la custodia de presos. A ellos añaden la usurpación de atribuciones; esto último es, en mi opinión, más que dudoso respecto a todos y cada uno de los tipos de usurpación de atribuciones, en base a razones que ya he expuesto en relación a estos delitos.

Una tal forma de proceder, denota que el enfoque del legislador al título de "delitos de funcionarios públicos", no es el de una agrupación que responda a la idea de ataques a las actividades legislativa, judicial y administrativa, sino un conjunto de conductas fundamentado en lo que todas ellas tienen de incumplimiento de los deberes nacidos de la especial relación que une a sus cualificados sujetos activos con el Estado.

En este último sentido es como parece que hay que interpretar la opinión de MUÑOZ CONDE (692) de que tanto los delitos contra la administración de justicia, como los del Título VII, "atacan la organización burocrática" del Estado. En una nueva incongruencia con su propio parecer, pues, partiendo de esta base, no se ve por parte alguna la necesidad de esa "ampliación" del Tít. IV por él reclamada, llevando a este lugar los delitos de prevaricación e infidelidad en la custodia de presos. Muy al contrario, desde esta perspectiva lo aconsejable parece ser liquidar el Tít. IV, trasportando a sus lugares de origen aquellos de sus delitos que fueron trasladados allí y buscando nueva ubicación a los de nueva creación, pues difícilmente puede mantenerse que lo que da unidad a las conductas de particulares recogidas en este Tít. sea un ataque a la organización burocrática del Estado. En suma: el autor, que parte de una característica común a ambos títulos, reclama después una diferenciación que solo puede aceptarse (y a mi me parece aceptable) sobre la base de una distinción de origen entre actividad administrativa y judicial; no es raro, entonces, que concluya que "el Título IV adolece de una cierta vaquedad e imprecisión respecto

(692) "Parte especial" cit., pag. 484.

al bien jurídico protegido" (693). ¡Lo raro habría sido que con esa contradicción encontrara la cuestión diáfana!

No parece, en base a lo anterior y a lo que se irá viendo, rechazable el intento de construcción en el C.p. de un título que, bajo la rúbrica de "delitos contra las actividades legislativa, judicial y administrativa", recoja, en tres capítulos separados, los delitos que, respectivamente, ataquen intereses relacionados con cada una de estas tres actividades y, en un cuarto y último capítulo, los delitos que, bajo una misma fórmula, afectan a intereses que si bien son comúnmente referibles a las actividades administrativa y judicial (de aquí la fórmula única), pueden tener orígenes y especificaciones diferentes (694).

E) El C.p. de 1.932, altera las dos señaladas modificaciones que el de 1.928 realizó en relación a los delitos en estudio: el art. 410, que contiene el concepto

(693) "Parte Especial" cit. pag., 626.

(694) Así, p. ej., la prevaricación según sea de jueces o de funcionarios administrativos, afecta a distinguibles intereses, lo que no debe impedir que se recojan en un mismo lugar (al estilo del §336 StGB alemán), pues, aunque responde menos al esquema político liberal, favorece la siempre patrocinable economía legislativa y en absoluto impide realizar la pertinente distinción respecto al bien jurídico. Además, es aquí donde encuentran su más correcto asiento los delitos que, como, p. ej., la prevaricación del art. 359 o el cohecho, se refieren a ambas actividades.

de funcionario público, señala que lo es "para los efectos de este título y de los anteriores", es decir, del Tit. VIII ("delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos") y de los anteriores a él. Con ello "se recorta, una vez más, su alcance teniendo ahora virtualidad solamente para los títulos en cuestión, al modo como sucedía con el código de 1.870. (695). De otra parte, el contenido del título vuelve al del correspondiente de 1.870. (696).

(695) COBO, "Exámen crítico..." cit., pag. 223.

(696) Creo interesante destacar también lo siguiente; como es sabido, la Subcomisión penal de la Comisión Jurídica Asesora encargó a JIMENEZ de ASUA "componer un Anteproyecto preparatorio de Bases que, sin salir del seno de la Subcomisión, había de servir para trabajar sobre el nuevo Código" (JIMENEZ DE ASUA, "Código penal reformado..." cit. pag. 196), esto es, para poder elaborar un "Anteproyecto de Código penal para la República Española" (E. de M. del "Anteproyecto de reforma del Código Penal de 1.870 que eleva al Gobierno la Comisión Jurídica Asesora", Madrid, 1.931, pag. 42; también en JIMENEZ DE ASUA, "La Legislación Penal de la República ..." cit., pag. 37) del que derivaría un nuevo C.p. que sustituyese al de 1.932, que solo era una leve reforma del de 1.870. A este propósito, el aludido autor, junto con José ANTON y José Arturo RODRIGUEZ MUÑOZ, redactaron 16 Bases para el futuro Código. (Cfr. JIMENEZ DE ASUA, "Código penal reformado..." cit., pags. 196-197 y ANTON, "La generación española de la política criminal", en "Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho (en homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa)", Buenos Aires, Ediciones Pannedille, 1.970, pag. 346); según ANTON, "la inestabilidad de las situaciones políticas fue obstáculo para desarrollar" estas Bases ("La generación..." cit., pag. 346 y "El Derecho penal de la postguerra" cit., pag. 174). Ciertamente como también es conocido, no dieron lugar a un nuevo C.p., mas, en relación al tema en análisis, resulta interesante destacar como la Base 15 ("delitos en particular") preconiza que en el Lib. II de ese Cod. pretendido deben figurar, entre otros, dos

F) El C.p. de 1.944, es una cumplida muestra de lo que vengo intentando demostrar: Antes de su creación, se produce el hecho, extraordinariamente revelador a este propósito, de que "el nuevo Régimen mantuvo durante largo tiempo en vigor el Código penal de la República, haciendo uso de la legislación especial para instaurar un nuevo Derecho penal inspirado en las nuevas concepciones políticas" (697). Tal legislación especial, no precisó alterar el esquema de los delitos en estudio que presentaba el C.p. de 1.932, para cubrir el objetivo, acabado de resaltar, que se perseguía con su emisión.

Esas leyes especiales se referían, fundamentalmente, a lo siguiente: defensa de la estructura política del régimen; vida económica; protección de la moral y la familia, según las concepciones de ellas que aportaba el nuevo régimen; restablecimiento de la pena de muerte en el C.p. común; continuación de la dirección preventiva especial (698).

(...) tits. destinados, respectivamente, a los "Delitos contra la Administración pública" y a los "Delitos contra la Administración de Justicia". No puede saberse que contenido habrían tenido; desde luego, si bajo la rúbrica de "Delitos contra la Administración pública" se situaban los mismos tipos que en el "Código provisional" se contienen bajo la rúbrica de "Delitos de los funcionarios públicos...", habría sido preferible no variar esta y conservar la alusión, menos incorrecta, a la función pública; pero, responde a una cierta coherencia lógica pensar que el futuro Cód. republicano español, no habría querido reproducir un contenido paralelo al que, bajo la primera de esas rúbricas, se contiene en el C.p. italiano del fascismo; mas bien parece que habría de reestructurar la materia adecuándola al sistema político en que habría de ser aplicado. Quizá también en este punto, como en los demás a que debía referirse ese Cód. entrevisto, se perdió una oportunidad histórica de construir un texto punitivo menos incivilizado.

(697) CEREZO, "Curso..." cit., pags. 126-127.

(698) Cfr. ANTON, "parte General" cit., pag. 69 y CEREZO "Curso..." cit., pg. 127.

Muchas de estas disposiciones se incorporarían al C.p., con lo que, si se advierten las materias sobre las que versan y las que antes he resaltado como innovaciones del Código ROCCO, se establece a este respecto una gran semejanza entre ambos, semejanza que se acentúa al observar que el propio C.p. de 1.944 operará otras modificaciones (p.ej., los "Delitos contra la religión Católica" de la Secc. 3ª, Cap. II, Tít. II -"Delitos contra la seguridad interior del Estado"- del Lib. II). Sin embargo, tal actividad de adecuar el Derecho penal al régimen (699), no recae sobre los "delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos" (700): no era necesario. La reforma sólo afecta al contenido de este título, en cuestiones de detalle; de entre ellas, pueden estimarse como "políticas", las de los arts. 372 (en el que se sustituye "cargo público de elección popular", por "cargo público obligatorio") y 377 (se sustituye "atribuciones del Poder legislativo", por "atribuciones legislativas"), por último, el concepto legal de funcionario público se lleva de nuevo a la parte general (art. 119) y se le dota de amplia eficacia ("a los efectos penales"), extendiendo de este modo la ya dilatada definición (701).

-
- (699) Según el "Preámbulo" del C.p. de 1.944 (D. de 23-XII-1.944): "La adaptación de la Ley Penal al Nuevo Estado y a los tiempos presentes se ha verificado en virtud de las autorizaciones de la Ley de 19 de Julio de 1.944". Por su parte, la E. de M. de esta ley señala que: "se ha creído necesario modificar algunos artículos o disposiciones legales, haciéndolo en lo absolutamente preciso, bien para corregir los inconvenientes que la práctica ha puesto de manifiesto, ya para poner de acuerdo el contenido con los principios del Nuevo Estado".
- (700) Cfr. Federico CASTEJON, "Génesis y breve comentario del Código Penal de 23 de diciembre de 1.944", Separata de la R.G.L.J.-feb.-oct. 1.945, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1.946, pgs.77-82.
- (701) Cfr. COBO, "Examen crítico..." cit., pg.254, conclusión 1.

Frente a esta escasa necesidad de reformar los "delitos de funcionarios", que denota que mediante ellos los intereses del régimen quedaban satisfactoriamente protegidos desde la óptica del bien jurídico, "la mayor protección de los intereses estatales se advierte en la regulación de los delitos contra la seguridad exterior e interior del Estado. Se elevan las penas y algunas de estas figuras delictivas son modificadas para adaptarlas a la estructura política del Régimen franquista"(702).

El C.p. del 1.944 es, en suma, con palabras de CEREZO, "expresión del Derecho Penal autoritario entonces en auge en Europa", y aunque, como sigue diciendo este autor, "fue escasa y superficial la influencia del Derecho Penal nacional socialista", siendo mayor la similitud "con el Derecho penal fascista italiano", los puntos de contacto con el primero de ellos se advierten, precisamente, "en la severidad de las penas, en la acen- tuación de la prevención general y en la inspiración política de la regulación de los delitos contra la seguridad del Estado" (703).

Las posteriores reformas del C.p., no alterarán el esquema expuesto en relación a los "delitos de funcionarios" (704).

(702) CEREZO, "Curso..."cit.,pg.130.

(703) "Curso..." cit., pgs.128-129.

(704) V., una crítica a los más groseros aspectos del sistema punitivo español vigente en BARBERO, "Principios político-criminales..." cit.,pgs.193-203; "Postulados político-criminales del sistema punitivo español vigente: presupuestos para su reforma", en S. RCS, nº10, julio de 1.975, pgs.99-113; y "Política y derecho penal en España" cit.,pgs.62 y sgs.

5. Conclusiones.

Los anteriores ejemplos muestran como los códigos penales italiano de 1.930 y españoles de 1.928 y, especialmente, de 1.944 y sus reformas sucesivas (705), toman como base los códigos liberales que se corresponden a los sistemas políticos de igual signo, y operan sobre ellos una serie de trasformaciones, en orden a convertirlos en adecuado instrumento de la emergente concepción autoritario-fascista del Estado (706); trasformaciones que afec-

-
- (705) Cods. que surgen como manifestaciones, en el área puntiva, de los sustanciales cambios operados en los regímenes políticos de los respectivos países, esto es, respondiendo a la imposición en ellos de sistemas totalitarios frente a los liberales que les preceden.
- (706) Según el "Preamble" del C.p. de 1.944, este "no es una reforma total, ni una obra nueva, sino sólo una edición renovada o actualizada de nuestro viejo Cuerpo de Leyes penales que, en su sistema fundamental, y en muchas de sus disposiciones y reglas, data del Código promulgado el 19 de Marzo de 1.848"; sin embargo de lo cual, también indica (como ya he señalado) que "la adaptación de la Ley Penal al Nuevo Estado" se verificó por la L. de 19VII-1.944, en cuya virtud se promulga el D. que contiene el texto del Cód. La citada Ley, por su parte, indica que "limitase el propósito de esta Ley a lograr una nueva edición refundida y ligeramente modificada del Código penal de 1.932"; pese a lo que añade (como también he resaltado antes) que parte de la aludida modificación responde a la idea de "poner de acuerdo su contenido con los principios del Nuevo Estado". Todavía antes, el entonces Ministro de Justicia, AUNOS (mentor de la reforma), en su discurso a las Cortes (sesión de 19-VII-1.944) en defensa del proyecto de lo que sería la L. de 19-VII-1.944, "destacó cómo ha sido preocupación constante de los Gobiernos acometer esta reforma, ya que el Código vigente estaba lleno de contradicciones con el sentido social, moral y político de España creado como consecuencia del Alzamiento nacional, así como reñido con las más hondas preocupaciones del actual Estado espa-

tan a las materias ya señaladas y, en cambio, pese a que los nuevos regímenes "tendían a redefinir el concepto mismo de soberanía estatal", lo que tenía que acabar con "el incidir, paralelamente, sobre la estructura y sobre el funcionamiento de los órganos del Estado" (707), no alteran la regulación de los delitos contra la "administración pública" o "de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos".

Este fenómeno no admite una explicación superficial, como la subrepticamente recogida por TAGLIARINI (paralela a otras ideas mucho más convincentes), en torno a que "la tradición jurídica prevalece respecto a las premisas de carácter meramente político" (708).

... ñol"; no obstante ello, destaca igualmente que "la labor inmediata que hemos querido acometer es la de presentar un trabajo que resuelva el problema, a fin de que podamos tener un Código penal que, sin transformar el fondo del antiguo Código, pueda aplicarse sin repugnancia por nuestra parte" (CASTEJÓN, "Génesis..." cit., pgs.6-7).

(707) TAGLIARINI, "Il concetto...", cit.pg.116.

(708) TAGLIARINI, ob.cit.pg.117, nota 94. Se relaciona estrechamente esta explicación, con la posibilista dada por GARCIA DE ENTERRIA para tratar de superar el principio de indivisión de poderes manifestado por el art. 2,II de la LOE, a la que antes me he referido; ambas denuncian un afán de sacar partido a las normas, que puede proporcionar resultados útiles pero que son dialécticamente inaceptables.

Tampoco es admisible la explicación mitigadora que vé en la óptica autoritaria la salida natural de la crisis del principio de separación de poderes y la solución, con corde a la evolución del derecho público sobre esta materia, en la búsqueda de una teoría sustitutiva del rígido entendimiento de dicho principio: ésta será precisamente la demagógica excusa del nuevo absolutismo sin disfraces, para unificar todos los poderes en una sólo persona.

El concepto relativo e histórico de administración pública, a que en esa evolución se llega, responde a la impracticabilidad demostrada de una idea de separación completa (sin ensamblamientos de los unos en los otros) de los poderes, que deviene e imposición de uno de ellos; casi siempre el ejecutivo. El objetivo que se persigue es, por tanto, el contrario del que se alcanza con el totalitarismo: se pretende superar las escuelas del antiguo régimen monárquico-absolutista.

Pesa, sin embargo, sobre el concepto de administración pública, y pesa de una manera que la carga histórica que conlleva (709) lo hace casi irresistible, la idea de Estado transpersonalizado. La cual, lejos de suponer una alternativa al aludido problema en la señalada dirección, está "inmersa en un absolutismo de estricta observancia" (710).

(709) Por encima de que la construcción jurídica se atribuya a unos o a otros o aparezca primero en uno u otro país.

(710) GARCIA DE ENTERRIA, "Curso...", cit. pg. 25.

El derecho penal se acoge a esta idea, para seguir manteniendo la visión amplia del concepto de "Administración Pública" (=funciones públicas), y no a los resultados de la auténtica evolución iuspublicista, que si también propician un amplio concepto, lo montan sobre bien distintas premisas: desechada la fórmula negativa de definición de la Administración, se busca una positiva; lo que, en todo caso, sigue comportando una investigación sobre la actividad. Lo imposible de recoger ésta en una formulación abstracta, provoca como resultado ese concepto relativo e histórico de Administración. Esto ya es en sí mismo un atentado a la idea de Estado-persona jurídica inmutable, en el que se integran las funciones, pues una de ellas (la administrativa) resulta inabarcable por la movilidad de su materia; con lo que, en realidad, se propugna una idea de equilibrio construída sobre la de "prevalencia", ésto es, sobre filtraciones entre los poderes pretendidamente separados absoluta y racionalmente. En otras palabras: una situación de hecho, la aceptación de un criterio pragmático que se aproxima al modelo inglés. Ello supone todo lo contrario de una idea de suprainstitución (Estado-Régimen) divinizada e inamovible y un favorecimiento de lo relativo (mutable históricamente).

Si la creación en los códigos penales liberales de un conjunto de delitos contra la "Administración Pública" o las "funciones públicas", responde a un intento de distinguir éstos delitos de los de lesa majestad, en función de la distinta naturaleza del ataque dirigido contra el Estado, la adopción de un concepto lato de "Administración Pública" (ésto es, unitariamente comprensivo de las funciones públicas) como objeto de protección entronca, por otro lado, con una visión transpersonalista del Estado que fundamenta la atribución de "maiestas" al mismo y, al propio tiempo, lo señala como el centro dónde convergen y se funden las actividades desarrolladas por unos pretendidos "poderes" distinguibles en su seno.

Nada entonces obliga a los códigos penales de los Estados autoritarios a efectuar sobre los mentados delitos las transformaciones que, por el contrario, se ven precisados a realizar respecto a los directamente dirigidos contra el Estado (711).

-
- (711) Es en el marco de esta explicación donde se puede hacer la distinción (intentada por TAGLIARINI, ob. cit. pgs. 121-123), y que ésta tenga coherencia, entre autores que han "intentado suministrar a la definición "unitaria" del concepto de administración pública una base ideal ligada a los presupuestos del Estado totalitario", por ejemplo ALTAVILLA *Concezione...*, cit.), y autores que, "prescindiendo preferentemente" "de consideraciones de valor ideológico", sostienen el concepto lato de administración pública como continuación de "las tesis elaboradas en torno a la sistemática del Código Zanardelli", esto es, siguiendo las teorías expuestas por autores como GAVAZZI ("Dei delitti contro la pubblica amministrazione", cit.), CIVOLI ("Trattato...", II, cit.), LOLLINI ("Dei delitti contro la pubblica amministrazione", cit.) o MANZINI ("Trattato...", vol. V, l. 913, cit.), como, por ejemplo, LEVI ("Dei delitti contro la p. A...", cit.) o al propio MANZINI ("Trattato...", vol. V, l. 943), por citar algunos de los más inmediatos a la imposición del fascismo. La distinción se puede, efectivamente, intentar sobre las señaladas bases, más también debe tenerse presente que hay una línea continua que va desde los autores que se refieren al Código Zanardelli hasta los que trabajan con el de 1.930 sin aludir a la ideología fascista, pero que también pasa por los que la utilizan; línea construída sobre la idea, que permanece en todos ellos, del Estado transpersonalizado.

Al cabo, se llega a la conclusión de que la distinción pretendida respecto de los delitos de lesa majestad (leso Estado), no se ha construido sobre datos esenciales; en definitiva, no se ha logrado una auténtica diferenciación. A este particular, observese como TAGLIARINI, sostenedor de esa tesis de distinción, subraya como "la doctrina, puede decirse que unánimemente, llega a concluir que las normas contenidas en el título II, Libro II del código penal, no se proponen la tutela de las singulares administraciones ni la de la función administrativa en sentido propio, sino más bien la tutela del Estado en la complejidad de órganos y Entes a través de los que actúa" (712).

6. La doctrina italiana sobre el bien jurídico en los "delitos contra la administración pública.

A) Sobre los términos de la "Relazione Rocco" (713), la doctrina italiana acogerá el concepto amplio de "administración pública", esto es, entendida como conjunto de las funciones públicas estatales (legislativa, judicial y administrativa) (714). La adopción de este criterio unitario

(712) TAGLIARINI, "Il concetto...", cit.pg.128; el subrayado es mío.

(713) V. nota 583.

(714) En este sentido se manifiestan, p.ej., JANNITTI-PIROMALLO, "Elementi di Diritto Penale. Parte Speciale", Roma, Edizioni Italiane, s.f.,pg.79; VANNINI, "Manuale di Diritto Penale Italiano. Parte Speciale. I. singoli delitti e le singole contravvenzioni", Nuova Edizione, Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1.951,pg. 53; RICCIO, "I delitti contro la Pubblica Amministrazione", cit., pg.8; MAGGIORE, "Diritto Penale", Vol. II: "Parte Speciale. Delitti e Contravvenzioni", T. I (Art. 241-art. 544), 4ª ed., Bologna, Nicola Zanichelli Editore, 1.960,pg.104; MANZINI, "Trattato..." 4ª ed., Vol V, cit., pg. 1; RANIERI, "Manuale di Diritto Penale". Vol. 2º: "Parte Speciale. I singoli delitti (Tit. I-VII)", 2ª ed., Padova, CEDAM, 1.962, pg.181; SANTORO, "Manuale..." II cit., pgs. 219-220; SPINELLI, "I delitti contro la pubblica Amministra-

... zione" cit., pg. 544; PISAPIA, "Istituzioni di Diritto Penale. Parte Generale e Parte Speciale", Padova, CEDAM, 1.965, pg.284; CATELANI, "I delitti contro la Pubblica Amministrazione (artt. 314-360 C.P.). Commento teorico-practico con annotazioni di giurisprudenza", Firenze, Editoriale Dott. Vito Majorca, 1.971, pg.6; ANTOLISEI, "Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale", T.II, 6ª ed. aggiornata a cura di Luigi Conti, Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1.972, pg.667; y PAGLIARO, "Principi..." cit., pgs.1-3. La opinión de este último autor resulta particularmente, interesante, no sólo por lo reciente, sino por su explícita oposición a críticas del corte de la expresada en el texto; para él, el C.p. no acoge una noción de "administración pública" "en el sentido de la doctrina del derecho consitucional o del derecho administrativo" (basada en el principio de separación de poderes), sino que en el texto punitivo la "administración pública" "como objeto de tutela, indica la entera actividad del Estado y de los otros entes públicos, con la excepción referida a las singulares actividades que son objeto de específica incriminación en el título primero ("De los delitos contra la personalidad del Estado") y en el título tercero ("De los delitos contra la Administración de Justicia") del Libro II del Código penal, y también en disposiciones aisladas contenidas en otro lugar (p.ej., art.476 C.p...)"; ahora bien, estas excepciones "no son debidas al hecho de que... tutelen un interés diverso del tutelado a través de las incriminaciones de los delitos contra la administración pública: la razón de la diferencia está en la circunstancia de que aquellas incriminaciones tutelan también un ulterior interés". "Por tanto, en el derecho penal hay un concepto muy amplio de 'administración pública', tal como para abarcar, en sentido objetivo, la entera actividad funcional del Estado y de los otros entes públicos. Esta amplitud ha sido alguna vez interpretada, aunque injustamente, como el fruto de un atentado fascista al principio de la división de los poderes". En realidad, la disciplina penal obedece "a una lógica interior a sí misma: la de asegurar la tutela de la entera actividad del Estado y de los otros entes públicos. De frente a esta exigencia global poco le importa al Derecho penal que la actividad tutelada sea legislativa, administrativa, jurisdiccional o de gobierno. Estas funciones deberán considerarse bien distintas para otros fines, pero no a los fines penales".

Para PANNAIN, en cambio, "la función legislativa y la judicial, como tales, son siempre respectivamente legislativa y judicial, jamás administrativa, ni siquiera para entrar en la amplia noción del derecho penal. Y siempre y solamente el órgano que las ejerce puede ser considerado parte integrante de la Administración Pública. Esto es,

sitúa a los autores ante la necesidad, respecto a la determinación del bien jurídico protegido, de buscar un rasgo común a todos los delitos comprendidos bajo la rúbrica de "contra la Administración pública", ésto es, a "buscar el interés protegido por dichas normas de modo no analítico sino sintético, en relación a la exigencia de hacer entrar en un único concepto todos los atributos sobresalientes, y diferentes entre sí, de las distintas funciones públicas" (715). De esta manera proceden LEVI (716), ALTAVI

... se quiere decir que la extensión del concepto abarca el perfil subjetivo, no el objetivo, es decir, específicamente funcional. Pero el perfil subjetivo no se considera como tal solamente, es decir, como cualidad inerte, sino para determinados valores que, inherentes a los órganos y a las personas constituyen subjetivamente la Administración en sentido amplio. A los fines de los delitos contra la Administración Pública se consideran constitutivos de la organización administrativa en sentido amplio también determinados valores relativos a los órganos de la función legislativa y de la judicial" (Remo PANNAIN, "I delitti dei pubblici ufficiali...", cit.,pg.2).

(715) TAGLIARINI, "Il concetto...", cit.,pg.128.

(716) Señala este autor que "los delitos que el código intitula "contra la administración pública", tienen en común la tutela del interés al normal desarrollo de los cometidos confiados por el Estado a determinadas personas" ("Delitti contro la pubblica Amministrazione...", cit.,pg.1); o que "no es difícil ver que el interés en base al que se pueden reunir en un sólo grupo todos los delitos de los funcionarios públicos en cuanto tales, es el de la normal prosecución de la actividad funcional" (ob.cit.pg.3,n.1; el subrayado en el original); o, finalmente, que "la violación de un interés genérico a la normal prosecución de la actividad funcional, ...es lo que caracteriza a los delitos en exámen" (ob.cit.pg.7).

LLA (717), VANNINI (718), RICCIO (719), SANTANIELLO (720), RANIERI (721), SANTORO (722), SPINELLI (723), PISAPIA (724), CATELANI (725), ANTOLISEI (726) y JANNITTI PIROMALLO (727), (728).

-
- (717) Para quien "son delitos contra la administración pública, todos aquellos que atacan la actividad funcional del Estado y sus órganos que no tengan carácter político..., en cuanto no están dirigidos contra el Estado y sus órganos en su esencia institucional" ("Concezione...", cit., pg.105).
- (718) VANNINI dice: "En este título se tutela un interés de la Administración Pública, y precisamente el interés al normal funcionamiento de la Administración Pública, interés que puede ser ofendido tanto por actos contrarios a los deberes de su "ufficio", cuando por actos de los particulares cometidos en daños morales o materiales de la Administración Pública misma" ("Manuale... Parte Speciale", cit., pg.53).
- (719) Para RICCIO, "común es desde luego el objeto genérico de los delitos, quetienden todos a la tutela del normal desenvolvimiento de la actividad funcional del Estado" ("I delitti contro la Pubblica Amministrazione", cit., pg.3).
- (720) "La ley penal, en este título, prevé y persigue hechos que impiden o turban el regular desenvolvimiento de la actividad del Estado y de los otros entes públicos" ("Manuale...", cit., pg.285).
- (721) "Contra la administración pública son los delitos que impiden o turban la organización y el regular desenvolvimiento de la actividad de los órganos públicos en el ejercicio de sus funciones"; "... el interés protegido por las normas del Título II, es el interés del Estado a la organización y al normal funcionamiento de sus órganos públicos en su variedad activa" ("Manuale...", Vol. 2º cit., pg.181; los subrayados en el original); "... en los delitos previstos en el Capítulo I de este Título tiene particular relevancia la cualidad del sujeto activo, por que son delitos cometidos con violación de deberes del ufficio o del servicio, al frente del cual está puesta la persona de aquel sujeto" (ob.cit.pg.187; los subrayados en el original).

...

- (722) "... las normas del título II no se proponen la tutela de las singulares Administraciones públicas y ni siquiera de la administración como poder y función distinto de la legislación y de la jurisdicción, sino la tutela del Estado en la complejidad de sus órganos que están aprestados y deben actuar en su interés" ("Manuale..." T. II, cit., pg. 220); "se ha observado que los delitos contra la Administración o derivan del interior de ésta, o derivan del exterior, y que en la primera hipótesis se viola un deber funcional del investido del cargo, mientras que en la segunda se trata de un deber común a la generalidad de los coasociados... Por lo que respecta a los delitos del intraneus de la Administración pública, se puede afirmar que corresponden a otros tantos deberes que incumben al sujeto, en cuanto órgano o de cualquier modo partícipe de la potestad pública. La Administración tiene, obviamente, interés en la observancia de tales obligaciones" (ob. cit., pgs. 222).
- (723) SPINELLI entiende que "el bien jurídico protegido por el título II del c.p. (arts. 314-360) es la administración pública, en su normal funcionamiento para la obtención de la finalidad de orden público" ("I delitti contro la pubblica Amministrazione" cit., pg. 544; el subrayado en el original), o bien que "el normal funcionamiento de la administración pública, el prestigio de que ésta debe estar rodeada, constituyen un "bien" que la norma penal protege y que es el objeto del delito... Están colocados en el título de delitos contra la administración pública aquellos en los que se considera prevalente el interés del Estado en la garantía del normal funcionamiento de aquella y en su prestigio" (ob. cit., pg. 549; los subrayados en el original).
- (724) "En el Título II del Libro II están comprendidos los delitos que lesionan la actividad del Estado y de los otros entes públicos, no solamente en el desenvolvimiento de la actividad administrativa estrictamente entendida, cuanto en el ejercicio de otras funciones que son propias del Estado: esto es, la legislativa y la judicial. Quedan excluido solamente los delitos que se refieren más propiamente a la tutela de los intereses públicos del Estado... y los que ofenden a la administración de la justicia en su actuación jurisdiccional... formando éstos objeto de un Título aparte" ("Instituzioni...", cit., pg. 284;

- ... los subrayados en el original); "... en el caso de los delitos cometidos por funcionarios públicos (el hecho realizado por el sujeto activo) aparece también como la violación del deber de fidelidad que los funcionarios públicos tienen hacia el Estado, del que han recibido el delicado encargo de realizar sus funciones" (ob. cit., pg. 284).
- (725) En opinión de CATELANI, "en nuestro caso el bien jurídico protegido que justifica la predisposición de las normas contenidas en el título 2o. del libro 2o. del c.p. es el normal funcionamiento de la administración pública... Por normal funcionamiento no se entiende solamente el desenvolvimiento regular de la actividad prescrita por la ley por parte del Estado o de otros entes públicos... sino también la estimación, el prestigio, el decoro con los que tal actividad debe manifestarse" ("I delitti contro la pubblica Amministrazione..." cit., pgs. 5-6).
- (726) ANTOLISEI indica que "el objeto de la tutela penal en los delitos que empezamos a estudiar es in genere el regular funcionamiento, así como el prestigio de los entes públicos" ("Manuale...", Parte Speciale, T. II, cit., pg. 668); y continúa diciendo: "En particular, en las incriminaciones del primer grupo (funcionarios públicos contra administración pública) se protege prevalentemente el interés estatal a la probidad, a la reserva, a la imparcialidad, a la fidelidad, a la disciplina, etc. de las personas que desarrollan atribuciones de interés público; en las incriminaciones del segundo grupo (particulares contra la administración pública) está tutelado con prevalencia el interés en un desenvolvimiento ordenado, decoroso y eficaz de la actividad funcional de la persona antedicha" (ob. cit., pgs. 668-669).
- (727) "La ley penal en este título prevee y persigue hechos que impiden o turban el normal desenvolvimiento de la actividad del Estado y de los otros entes públicos" ("Elementi...", cit., pg. 79); "los delitos disciplinarios, en el título de que se trata, o consisten en la violación de deberes de "ufficio" que los funcionarios tienen hacia el Estado, o bien consisten en la violación de deberes jurídicos que los particulares tienen hacia el Estado considerado como administración pública" (ob. cit. pg. 82).
- (728) PANNAIN, de conformidad con el concepto penalístico de administración pública que da anteriormente

Como resumen de la opinión de los autores acabados de citar, se puede afirmar que la doctrina italiana mayoritariamente señala como bien jurídico protegido por los "delitos contra la Administración Pública", el regular desenvolvimiento de las funciones públicas estatales, ésto es, que el Estado pueda desarrollar sin alteraciones sus actividades legisladoras, juzgadoras y administrativas, y así poder alcanzar sin perturbaciones los fines que tiene señalados. Al lado de este bien jurídico también se dice que los mismos delitos protegen otros valores más particulares cuales el prestigio, decoro, deber de fidelidad, deber del cargo, disciplina etc...

Tales concretos valores no es casualidad que aparezcan al lado del bien jurídico primeramente señalado: no son meras yuxtaposiciones a éste sino consecuencias del mismo, derivados necesarios del planteamiento de estudio del bien jurídico. En efecto, centrándome en los delitos de los funcionarios públicos contra la Administración Pública, que son los que interesan para la presente investigación, el proceso de pensamiento que llevan a cabo los autores es el siguiente: se parte de la consideración de que el Estado merece protección penal no sólo como institución, sino como una persona actuante y, en una primera consecuencia, se estima necesario

... (v. nota 714), mantiene que "no son las funciones las penalmente tuteladas, sino que se ha reservado para determinadas situaciones que se perfilan en órganos sean de la administración en sentido propio, sean de la legislación, sean de la jurisdicción"; por consiguiente, debe decirse que "no es ni siquiera el órgano como tal el tutelado solamente, sino que en su lugar, están tutelados determinados valores, los cuales se refieren a la Administración del Estado, en sentido ^{amplio}, como antes se determinó. Así pues, en definitiva, por Administración pública en el sentido del Título II, debe entenderse un conjunto de valores que concierne a la organización pública estatal" ("I delitti dei pubblici ufficiali..", cit., pgs.3 (i.f.)-4); ahora bien, tales intereses administrativos del Estado no sólo se reflejan, según la opinión de este autor, en las normas de los títulos II y III, sino también en las de los títulos IV a XI, en el sentido que ya he señalado (v. nota 647).

proteger tal actividad; ahora bien, esta actividad (funciones) es desempeñadas por determinadas personas físicas: fundamentalmente los funcionarios públicos y, en vía de extensión, otras personas (encargados de servicios públicos y los que ejercen servicios de necesidad pública) (729), las cuales, al no realizar correctamente las funciones que el Estado les encomendó, conculcan efectivamente el bien jurídico genéricamente señalado: alteran el normal desenvolvimiento de las actividades del Estado, pero, además, no actúan como deben, atendiendo a la relación jurídica que les une con el aparato burocrático del Estado, esto es, violan su deber funcional (730), y presentan una imagen de la Administración distorsionada respecto a la pretendida por el Estado, es decir, atentan a la "estimación" el prestigio, el decoro, con los que tal actividad debe manifestarse" (731). En esta vía se llega, en época no lejana y, desde luego, cuando políticamente no estaban en vigor el fascismo, al parangón corporativista con la persona física (732).

-
- (729) En este sentido, v. por todos: LEVI, "Delitti contro la pubblica Amministrazione...", cit., pg.1.
- (730) En este sentido, v. por todos: ANTOLISEI, "Manuale...", Parte Speciale, T. II, cit., pg.668.
- (731) CATELANI, "I delitti contro la pubblica Amministrazione...", cit., pg.6; el subrayado es mío.
- (732) V. RICCIO ("I delitti contro la Pubblica Amministrazione", cit., pg.27): "Parangonando la persona jurídica a la persona física, se debe reconocer que también aquella es portadora de una dignidad suya, de una libertad de acción suya y de una integridad suya. El cuerpo, nacido de la organización política y jurídica, constituye una realidad funcionante y una unidad viviente" (los subrayados en el original).

B) Teniendo presente lo acabado de señalar, y recordando el concepto romano de "maiestas", compuesto de la "potestas" y de la "dignitas" al que me he referido en otro lugar, se llega, también por esta vía, a la conclusión de que en su intento sintético, de búsqueda de un rasgo común de todos estos delitos contra el que se dirijan las conductas descritas en sus tipos, la doctrina va a reproducir, en realidad, más o menos soterradamente, tal concepto romano de "maiestas".

Aparte de esta crítica, que en mi opinión vicia fundamentalmente la expuesta doctrina, se intenta otra, desde distinta perspectiva, no menos importante: señala TAGLIARINI que los aludidos planteamientos doctrinales "permanecen siempre adheridos a definiciones excesivamente vagas y genéricas", y lo atribuye a "la poliedricidad del sujeto titular de los intereses tutelados, esto es, de la administración pública, que... se entiende como conjunto de las funciones públicas estatales" (733). Tal razonamiento proporciona la base suficiente como para rechazar el método sintético e intentar el analítico, en la búsqueda de un más correcto y más concreto bien jurídico protegido (734).

(733) "Il concetto...", cit., pg.128. En el mismo sentido (expresamente): INFANTINI, "L'abuso della qualita o delle funzioni di pubblico ufficiale in diritto penale", cit., pg.16, n.21 de la pg.15, v. la crítica de Heinz WAGNER ("Amtsverbrechen", Berlín, Duncker & Humblot, 1.975, pg.49) a la determinación por la doctrina alemana de un bien jurídico común a los "Amtsverbrechen" y, en concreto, a la vaguedad del bien jurídico "pureza en el ejercicio del cargo", y la doctrina en el mismo sentido crítico que recoge (ob.cit., pgs.50-51); v. esta cuestión más adelante.

(734) Resulta casi innecesario advertir que con tal procedimiento no se pretende seguir la vía marcada por la llamada teoría del "objeto específico" (v. por ejemplo: Arturo ROCCO, "L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale (Contributo alle

Ello no implica, sin embargo, que la genérica, sin tética, idea de proteger las actividades administrativa, legislativa y judicial no pueda emplearse como mero "criterio de agrupación", "utilizable al máximo en vía de interpretación sistemática" (735). Sin pretender ir más allá; sin querer extraer de ello un concepto unitario de "función pública" ("pubblica amministrazione"); sin concluir, sobre esta base, la existencia de un bien jurídico genérico al que ligar, y exclusivamente a él (o, por lo menos, en vía principal), todos y cada uno de los "delitos de funcionarios" (736).

... teorie generale del reato e della pena)", Milano -Torino-Roma, Fratelli Bocca Editori, 1.913). V., a este respecto, más adelante, nota 883). Con ello llegaríamos a un bien jurídico que, prácticamente, estaría tan vacío de contenido y carente de función como el "interés de la categoría" que ahora se rechaza. Lo que se pretende es, precisamente, todo lo contrario.

(735) Los términos entrecomillados son de Marcello GALLO, Voz "Dolo (Diritto penale)", en "E.D.", XIII, Milano, Dott.A. Giuffré Editore, 1.064,pg.788.

(736) En este sentido: INFANTINI, ("L'abuso della qualita ...", cit., pgs.15-16,n.21) con expreso apoyo en la citada obra de M. GALLO. El primero de estos dos autores, al tratar del bien jurídico del delito de concusión, rechaza el "concretarlo" en el habitual en la doctrina del "prestigio de la administración pública", "por cuanto -dice- entendemos que éste es común a todos los delitos contra la Administración Pública, por lo que no vale para caracterizar un tipo determinado diferenciándolo de los otros". "Verdaderamente se trata -continúa- de un interés de la categoría -no específico del delito de quo- que solamente pueda ser adoptado como simple 'criterio de agrupación de unos delitos, utilizable al máximo en vía de interpretación sistemática'". En el mismo sentido, más adelante, al determinar el bien jurídico en el abuso innominado de "ufficio", rechaza su identificación con el "prestigio de la administración pública", el cual "verdaderamente no es de mucha ayuda en nuestra investigación" (ob.cit.136).

Esta perspectiva, como primer efecto, permitiría justificar la conformación del Título VII del Código penal español (737).

Por el contrario, el mantenimiento de la opinión que aquí se critica y rechaza, haría buenas las palabras de GALLO cuando, refiriéndose al, así llamado, "interés de la categoría", dice de él que "es un concepto inútil y, más aún, peligroso, cuando no se entienda, como debe ser, como simple criterio de agrupación de más delitos, utilizable al máximo en vía de interpretación sistemática" (738). Peligroso porque, respecto a la materia en estudio, comporta una visión en cuanto al bien jurídico de grave reminiscencia absolutista y totalitaria. Inútil, porque la genericidad de este bien jurídico común unida a la naturaleza que le atribuye, según se ha visto, la doctrina, permite la observación de que todos los delitos que se dice que lo atacan parecen considerarse como tipos de peligro. Tienen particular interés traer aquí la opinión de Helmut HERRMANN respecto a los "tipos impropios de peligro". Este autor se opone a la construcción de BINDING, en relación al bien jurídico, de prohibiciones de lesión, de peligro y meras desobediencias, porque, dice, "tal imagen no se adecúa con el bien jurídico con valor social y menos aún con los bienes individuales incorporeales", en estos casos, no existe una puesta en peligro en sentido propio (sólo predicable respecto a bienes jurídicos corporales), sino tipos impropios de peligro. "Sólo en los propios delitos de peligro

(737) En contra, como queda dicho, RODRIGUEZ DEVESA, "Parte Especial", cit., pgs. 990, 995 y 998.

(738) M. GALLO, "Dolo", cit., pg. 788; sobre el llamado "interés de la categoría" V. también, p.ej., NEPPI MODONA, "Il reato impossibile", Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1.965, pg. 78.

-concluye- significa el concepto de peligro la probabilidad de lesión de un bien jurídico corporal; por el contrario, en los impropios delitos de peligro, significa peligro en el sentido de perturbación, perjuicio" (739). Obsérvese como la mayoría de la doctrina italiana (y la observación puede extenderse a gran número de autores alemanes, como después se verá) en la determinación del bien jurídico único y común a todos los "delitos contra la administración pública", aporta un bien jurídico "con valor social" e "incorporal". Y adviértase también como residencia la antijuridicidad de tales delitos en la "perturbación" o el "perjuicio" de aquel bien jurídico: precisamente idénticos términos que los empleados por HERRMANN. De esta manera viene a configurar, con carácter general, a todos los "delitos contra la administración pública" como delitos de peligro y, aún, como "impropios delitos de peligro". Un adelantamiento de las barreras penales de protección que si en una dirección (hacia las prohibiciones de lesión) desmiente, como señalara HERRMANN, el esquema bindingniano (pues no hay probabilidad de lesión), en cambio, se atempera a él en la dirección contraria, ya que sólo hará falta una levísima traslación más para que se consideren los delitos de referencia como "meras desobediencias" (740). Y ésto es,

(739) "Zum Begriff der Gefahr, insbesondere der Gemeingefahrs im deutschen Strafrechts", Diss. Dusseldorf, 1.939, pgs.19-20. Cfr. José M^a ESCRIVA GREGORI, "La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal", Barcelona, Bosch Casa Editorial S.A., 1.976, pgs.68-69.

(740) Y, sin embargo, "la doctrina actual no acepta esta categoría estrictamente formal, que en su propio sentido expresa una rebeldía sin lesión o puesta en peligro de un bien jurídico" (Luis RODRIGUEZ RAMOS, "El 'resultado' en la teoría jurídica del delito" en "C.P.Cr.", n°1, 1.977, pg.57).

precisamente, lo que ocurre en cuanto se explican tales delitos según la tesis de la infracción o quebrantamiento de deber (741).

C) No faltan, sin embargo, autores italianos (a más de TAGLIARINI) que se opongan a la reseñada opinión dominante en ese país respecto al bien jurídico en los "delitos contra la administración pública". Así, por ejemplo, BRICOLA que ve en el concepto "unitario" de "administración pública" un atentado fascista al principio de división de poderes (742), que "se concilia bien con el sistema institucional del que es expresión el código Rocco: unidad de la soberanía y degradación de la teoría de la separación de poderes a simple criterio de distribución de las competencias" (743); y entiende, respecto al bien jurídi-

-
- (741) V., en relación con lo anterior, las consideraciones de BEMMANN sobre la "Rechtsbeugung" del § 336 StGB, en cuanto a la conexión existente entre el concepto de bien jurídico protegido por esta norma que se mantenga y el sustentar la teoría objetiva o la subjetiva en relación con el elemento del tipo "Beugung des Rechts", con la consecuencia de entender, según la opción, que el delito es de lesión o de peligro abstracto (Günter BEMMANN, "Zum Wesen der Rechtsbeugung" en "G.A.", 1.969, pgs.67-70 y "Wie muss der Rechtsbeugung beschaffen sein?" en "JZ" 1.973,pg.548).
- (742) V. Franco BRICOLA, "Tutela della pubblica amministrazione e principi costituzionali" en "Temi", 1.968,pg.566 (cit.por PAGLIARO, "Principi...", cit., pg.2,n.4, quien expresamente se opone a esta opinión).
- (743) "Ello se acomoda mal -continúa diciendo- con la Constitución vigente, la cual, persiguiendo una extensión de la soberanía, confiere características autónomas y principios autónomos a las tres funciones estatales" (BRICOLA, ob.y pg.:cit.;cit.por STORTONI, "L'abuso di potere...", cit.,pg.121).

co concebido como "prestigio de la administración pública" (refiriéndose al delito de interés privado en acto de "ufficio"), que "se llega hasta el punto de entender tutelado no el prestigio, como atributo de la administración pública, sino el reflejo psicológico del mismo en el ámbito social" (744). Precisamente, respecto al bien jurídico así determinado, PEDRAZZI ha hablado de la "obsesión de prestigio" en la jurisprudencia y doctrina italianas, y de que tal obsesión "procede de una concepción superada de la administración pública, en términos de autoritarismo fin en sí mismo, más que de servicio al público" (745). BETTIOL, también al tratar del delito de interés privado en actos de "ufficio", rechaza que el bien jurídico protegido por la norma del artículo 324 del código penal italiano sea, como pretende la mayoría de la doctrina en derivación del genérico tratamiento de los "delitos contra la administración pública", el "prestigio de la administración pública", por cuanto, de un lado, entiende que "la pérdida de prestigio es consecuencia de una precedente acción ilícita", que "sólo después de que el funcionario público ha introducido interés privado en un acto de "ufficio" podemos decir que de tal modo el prestigio de la Administración Pública ha sido alterado, menoscabado o violado"; y, de otro lado, piensa que tal prestigio es

(744) Con la consecuencia, sigue diciendo, de que el alcance del art. 324 del c.p. italiano se extendería hasta abarcar la mera "sospecha de especulación y la simple violación de un genérico deber de abstención" ("Interesse private in atti di ufficio", en "ED", XXII, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1.972, pg.48). En el mismo sentido, expresamente, INFANTINI ("L.abuso...", cit.,pg.166,n.8). V. sobre este punto: Armando BARTULLI, "L'interesse privato in atti di ufficio", 2ª ed., Milano, Dott.A. Giuffrè Editore, 1.974,pgs.85 y ss.

(745) Cesare PEDRAZZI, "Millantato credito, trafic d'influence, influence peddling", en RIDPP, Fasc. 4 oct-dic., 1.968,pg.914.

"un puro disfraz formal... que no se sabe bien que cosa es, resultando de difícil identificación y definición". Igualmente no admite la extendida opinión de que tal objeto de protección sea un "deber de fidelidad del funcionario respecto de la Administración Pública", "ante todo por la razón...de que la violación de un deber de fidelidad es noción de carácter formal que no se adapta a una interpretación teleológica de la norma penal; pero, sobre todo, porque no hay violación de un deber que no sea, o no postule, la lesión de un interés...; establecer un deber a cargo de alguien significa tutelar un interés del que otro sujeto es titular". "El deber -continúa- no tiene una razón suficiente de subsistir si no está impuesto a alguien porque éste tenga que respetar un determinado interés del que otro es titular" (746). Por su parte, INFANTINI, que se adhiere a la crítica de la "obsesión del prestigio" (747), señala que tal "continua referencia al indicado objeto jurídico en la elaboración doctrinal y jurisprudencial, incluso reciente... se explica, en substancia, con la concepción autoritaria del Estado que sustenta la codificación penal vigente, así como con el haber entendido la administración pública en sentido unitario, es decir comprensiva de toda función pública (legislativa, administrativa, judicial)" (748); y más tarde añade (al referirse a la forma dominante de determinar, comunmente a todos los "delitos contra la administración pública", el bien jurídico protegido en el artículo 324 del código penal italiano): "Es evidente que tal modo de entender la objetividad jurídica de la norma

(746) Giuseppe BETTIOL, "In tema di interesse privato in atti di ufficio", en "Scritti in onore di Biagio Petrocelli", T.I, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1.972, pgs. 277-278.

(747) INFANTINI, "L'abuso..." cit., pg.16, n.21 de la pg. 15 y pg. 166.

(748) ob. cit., pg.16, n.21 de la pg. 15.

responde a una concepción "autoritaria" del Estado-Administración, ya superada en el actual contexto histórico donde la actividad pública constituye un "servicio" a favor del ciudadano, destinatario de verdaderas y propias prerrogativas o situaciones favorables frente a la Administración Pública" (749).

TAGLIARINI, como es obvio por lo que llevo dicho del pensamiento de este autor, se opone también a la forma mayoritaria de entender lo que sea "Administración Pública" en el código penal, y de concebir el bien jurídico en los "delitos contra la administración pública". Su investigación se encamina a tratar de captar, "sobre un plano histórico y al margen de la aparente uniformidad del concepto de administración pública acogido por el código penal vigente", "la existencia de una diferenciación en la tutela penal de los tres momentos fundamentales de la función pública" (750). A ello dedica 160 páginas de su obra bajo el genérico título de: "La tutela penal de la función administrativa, de la función legislativa y de la jurisdiccional en la perspectiva de los principios de la Constitución" (751). Con ello se indica ya cuales son el camino y procedimiento que sigue en la determinación de la pretendida diferenciación: tratar de averiguar los rasgos con que constitucionalmente se caracterizan, y a su través se diferencian, las actividades administrativa, legislativa y judicial. El mantenimiento de una actuación de los administradores, legisladores y jueces que cumpla dichas exigencias constitucionales, es en lo que consiste el objeto de protección de las respectivas normas penales reunidas bajo la rúbrica de "delitos contra la administración pública".

(749) ob.cit.,pg.166,n.8.

(750) TAGLIARINI, "Il concetto...", cit.,pg.129.

(751) ob.cit.,pgs.131-290.

STORTONI, por su parte, señala cómo la unicidad con que la ley trata el tema general del abuso de poder, sin distinguir según se refiera a la función administrativa, judicial o legislativa, provoca el que el objeto jurídico de los tipos de abuso de poder no pueda determinarse sino genéricamente (752). En estos tipos se lesionan diversos bienes jurídicos, respecto de los cuales el abuso tiene un marcado carácter instrumental. Ello hace que mientras que unos autores individualizan el bien jurídico protegido por los mismos en los intereses individuales o colectivos lesionados por la conducta criminal, otros afirmen que todos los tipos de abuso de poder ofenden el interés del Estado en el legal desempeño de las funciones públicas (753). Para STORTONI, ambas visiones son parciales, ya que lo que hay que tener en cuenta es que el abuso de poder constituye un medio típico que implica una lesión al bien de la legalidad, lesión añadida a la propia del delito, lo que no impide que, en ocasiones, el propio abuso pueda ser el objeto principal de la tutela penal (754). Tras distinguir entre "abuso de poder en sentido estricto" y "abuso de la situación jurídica" (755), procede a la verificación del bien jurídico lesionado por el abu-

(752) STORTONI, "L'abuso..." cit., pg.126.

(753) ob.cit., pg.113.

(754) ob.cit., pgs.113-114.

(755) ob.cit., pgs.150-151. Define el primero, como "la lesión de la legalidad en el ejercicio del poder público, mientras que el abuso de la situación jurídica lleva consigo la ofensa al interés del Estado en dirigir exclusivamente en favor del desenvolvimiento del poder público, las facultades concedidas a todo empleado público".

so de poder en la Constitución. La protección constitucional respecto de los abusos de la situación jurídica viene expresada a través del art. 98: "los empleados públicos están al servicio de la Nación... las facultades concedidas por el ordenamiento público deben utilizarse exclusivamente para los fines institucionales del Estado" (756); pero este reconocimiento es, en opinión del autor, demasiado genérico y debe especificarse poniendo este artículo en relación con el art. 97. De ello deduce STORTONI que la Constitución "salvaguarda el ejercicio de las facultades concedidas al empleado público en cuanto necesarias para garantizar el legal desempeño del poder público", lo que tiene como consecuencia que "la violación de una regla organizativa cualquiera no podrá realizar el abuso de la situación jurídica, sino solamente aquella

(756) Para llegar a esta conclusión, STORTONI está identificando "Nación" y "Estado". Lo que no es satisfactorio (v. Susana HUERTA, "¿Hacia una nueva interpretación de la atenuante 7ª del art. 9º?", en "CPCr.", nº2, Madrid 1.977, pgs.75-76, y bibliografía allí citada; v. también, por ejemplo, cómo se hace operar la distinción Administración-Estado en materia de delitos contra los sentimientos religiosos, respecto a la "confesionalidad del Estado" o la religión de la Nación, en RODRIGUEZ DEVESA, "Parte Especial", cit., pg.814, n.7 y 816, n.13). Ateniéndonos al término "Nación", en lugar del de "Estado", se traza un directo punto de unión con la comunidad que hace más conforme la cuestión del bien jurídico con la tesis que sustenta; pues muestra mucho más claramente el carácter instrumental de la organización burocrática funcional como objeto de protección (en el que el Estado aparece como un sujeto interpuesto a través del mecanismo de la "representación") en relación a ulteriores bienes jurídicos concretados en las cualidades que deben acompañar al desempeño de la actividad administrativa.

que ponga en peligro el bien-fín constituído por la mencionada legalidad" (757), sustrayéndose con ello el ilícito penal de un inadmisibile automatismo entre violación administrativa y delito" (758). Más difícil resulta "la individualización, a nivel constitucional, del bien tutelado por la represión penal del abuso de poder en sentido estricto", que STORTONI cifra "en la legalidad del desempeño del poder público como correspondencia del singular acto o providencia con la ley"; deduciéndolo, respecto a los órganos judiciales, del art. 101 de la Constitución ("los jueces solamente están sujetos a la ley") (759). "Por lo

(757) Conviene advertir, como advierte el autor, que para él la imparcialidad no es "más que una especificación de la legalidad" (ob.cit.pg.154,n.122; v. también pgs.155-156). De la misma manera respecto a la "buena marcha": "La imparcialidad y la buena marcha parecen intereses abstractos cuyo significado concreto no puede ser determinado normativamente. Bueno e imparcial son juicios cuya formulación implica la referencia a un modelo que no puede ser más que la ley...Respecto a ella a la legalidad la buena marcha y la imparcialidad parecen ser indicios específicos de la legalidad respecto a la actividad de los órganos administrativos, pero no pueden elevarse al papel de bien jurídico según las previsiones constitucionales" (ob.cit.pgs.155-156).

(758) ob.cit.pgs.152-155.

(759) "La independencia -dice- no representa otra cosa que una garantía para la realización de la legalidad, la cual, por tanto, queda como interés de fondo al que se ha dirigido el constituyente" (ob.cit.pg.155).

que concierne a los órganos administrativos... la Constitución impone como fin de la actividad administrativa la legalidad" (lo que se deduce del art. 97) como correspondencia entre acto y ley. A este respecto, dice STORNINI que, para que se dé un abuso de poder en sentido estricto, el acto realizado por el funcionario público ha de estar viciado; un acto legítimo no puede constituir abuso, cualquiera que haya sido la finalidad de su autor. Sin embargo, el vicio no ha de ser de tal naturaleza que convierta el acto en "inexistente", ya que entonces éste sería inidóneo como "medio" lesivo (760).

(760) ob. cit., pgs. 155-157.

7. La doctrina española sobre el bien jurídico en el Tit. VII.

A) No menos vaga y genérica que la mayoría de la doctrina italiana sobre este particular, es la española.

Para GROIZARD, lo que caracteriza a estos delitos es que los sujetos activos de los mismos "ejercen funciones públicas de que pueden abusar", no pudiendo ser castigado "ningún acto de los previstos si no es ejecutado en el ejercicio de funciones públicas"; en su opinión, los funcionarios públicos "deben estar sometidos a una religión estrecha y sujetos a una serie de obligaciones tan rigurosas y eficaces, que ofrezcan la garantía suficiente de que no se han de convertir sus atribuciones en daño y menoscabo de los mismos derechos particulares y de los propios intereses públicos que deben amparar y defender. A las leyes toca enumerar esos deberes y asegurar su ejercicio con la oportuna sanción. Entre ellos los hay de diversa clase y trascendencia. Para procurar el cumplimiento de la mayor parte y hasta para castigar su violación, bastan las prescripciones administrativas y las facultades de los Gobiernos. Hay sin embargo otros de mayor cuantía cuyo incumplimiento constituye un verdadero atentado social: otros que amenazan o lesionan derechos más trascendentales, puestos bajo salvaguardia social y cuya violación reclama con imperio el ejercicio de la justicia penal", éstos son a los que se dedica en el Código penal el Título de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo. Concluye este autor señalando que "la sustancia primaria determinante de la configuración científica de esta clase de delitos" es "La desobediencia al Poder público, la rebelión contra sus órdenes, la violación de sus mandatos, el desprestigio de las leyes y de las autoridades" (761). Con

(761) "El Código Penal...", cit., Tomo IV. pgs. 91-92.

curren pues, ya en los comentarios al Código de 1870, los mismos rasgos que se destacaban en la opinión doctrinal italiana antes vista: protección de las funciones públicas, de la dignidad de la "administración pública", infracción de los deberes del cargo, elevación de injustos administrativos a la categoría de penales. De una u otra manera, la posterior doctrina española incidirá, mayoritariamente, en algunos o en todos de estos aspectos.

ANTON, sugiere que el contenido del Título mejor hubiera ido en otro "más amplio relativo a los delitos contra la administración pública en general", con lo que parece apuntar a una situación análoga a la del (en aquel momento todavía proyecto) código penal italiano. Así mismo entiende que estos delitos y los del entonces Título VI ("contra la Administración de Justicia") "afectan a los intereses del Estado" (762). Este mismo au-

-
- (762) "Derecho Penal (obra ajustada al programa de 14 de julio de 1927 para los ejercicios teóricos de las oposiciones a ingreso en el cuerpo de abogados del Estado)", Madrid, Editorial Reus S.A., 1929, pg. 141. Un cuarto de siglo antes, en una obra también adaptada a oposiciones para ingreso en un cuerpo de funcionarios públicos, Enrique MENOR ("Principios de Derecho Penal- Arreglados al programa oficial de esta asignatura para ingreso en el cuerpo de Aduanas", Madrid, 1902, pg. 115) indicaba que la mayor gravedad de los delitos de que estoy tratando sobre los también cometidos por funcionarios públicos pero "fuera del ejercicio de sus cargos", "se funda en que los funcionarios públicos, por razón de las atribuciones que les conceden sus destinos, pueden cometer ciertos actos punibles con superioridad de medios, los cuales deben reprimirse con especial rigor para evitar que abusen de su gestión administrativa y que hagan traición a la confianza oficial". Obsérvese

tor junto con JIMENEZ DE ASUA, señala que en el Título en estudio "para asegurar el cumplimiento de las funciones administrativas ha detallado el legislador las formas en que los funcionarios pueden faltar a sus específicos deberes" (763). CASTEJON, entiende que los hechos descritos en el Título dedicado a los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, "son delitos públicos contra los medios del Estado, uno de los cuales es el empleo adecuado del poder público", indicando más adelante que "en general los delitos de este Título son realizados a la vez contra lo dispuesto en la ley y contra la finalidad exigida al funcionario"

... como aquí, como en otros muchos autores, hay un deslizamiento a apreciar exclusivamente la figura del funcionario desde el punto de vista de su vinculación administrativa, no de la actividad que desempeña (así, el autor mencionado para nada habla de la actividad judicial, primera con la que se enfrentaría, sin embargo, al tratar los singulares delitos y comenzar (pg. 117) por la prevaricación de jueces; ello por no mencionar los distintos "delitos de funcionarios" que también pueden cometer desde su actividad de tales jueces). No puede alegarse que venga motivado por tratar de ello al ocuparse de los "delitos contra la Administración de Justicia", pues entonces no existía tal apartado en el Código.

(763) "Derecho Penal (conforme al Código de 1928)", II, Parte Especial, cit., pgs. 100-101.

(764). LOPEZ-REY divide en dos grupos "los delitos cometidos por los funcionarios públicos"; el primero, "constituído por los delitos puros de estos funcionarios en que se ofenden aquellos intereses de que son órganos los funcionarios públicos, y cuya garantía y conservación les está justamente a ellos confiada que ofenden la dignidad del cargo. Estos delitos están especialmente conexiónados con la violación de las obligaciones del cargo que se ejerce... El segundo grupo lo constituyen los delitos mixtos de los funcionarios, cuya lesión no está esencialmente conexiónada con la violación de las obligaciones que emanan del cargo... Ej., el delito de lesiones cometido en el ejercicio de funciones públicas". "Nuestro Código penal -termina diciendo- expone en el presente Título VIII (actual VII) los delitos puros de los funcionarios públicos, aunque en algunos casos no merezcan íntegramente dicha calificación" (765). JASO, cree que "lo que da unidad a estos delitos

-
- (764) En particular, distingue estos delitos según sean "contra la Justicia", "contra la ley", "contra la autoridad", "contra los deberes específicos del funcionario" ("integridad", "lealtad", "cooperación" y "otras infracciones de los deberes del cargo"), "contra los caudales públicos" y "contra los particulares" ("Derecho Penal..." T. I., cit., pgs. 323-324). El planteamiento es deleznable por impreciso, tanto "en general" como en la determinación de los concretos (?) bienes jurídicos que le permite la división en grupos.
- (765) "Derecho Penal....." T. I. cit., pgs. 172-173.

es la infracción del deber y sólo en segundo término, bien para establecer formas agravadas.... o bien para configurar ciertas especies delictivas... el C.p. ha tomado en cuenta las especiales lesiones de los bienes jurídicos que aquellas conductas contrarias al deber llevan consigo. Debiendo insistirse en el hecho de que existen una serie de figuras donde tal lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos no concurre, a menos que se tome el concepto de bien jurídico en un sentido tal que resultaría desnaturalizado". Adscribiéndose este autor, en consecuencia, a la opinión de que "los delitos de los funcionarios públicos suponen conductas contrarias al deber de servicio, que les impone de modo calificado el deber de colaborar en la obra del Estado cumpliendo y haciendo cumplir las normas jurídicas (Federico de Castro)", observa que "no toda conducta contraria al deber de servicio es delictiva, si bien todas ellas suponen infracciones disciplinarias", lo que implica un nuevo rasgo común a todos los delitos de referencia: "ser infracciones disciplinarias elevadas a la categoría de infracciones penales"; la diferencia entre unas y otras es para JASO "puramente cuantitativa". "En definitiva -concluye-, los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos son infracciones disciplinarias como contrarias al deber de servicio, que por suponer "un ejemplo intolerable" son elevadas a tal categoría" (766). FERRER, parte de una crítica desfavorable a la rúbrica del Título VII, basada no tanto en la ruptura de "la unidad sistemática del Libro II, sino principalmente porque la expresada cualidad de funcionario en el sujeto activo es algo situado fuera de la propia esencia de las infracciones penales. Claro

(766) "Parte Especial..." cit., pg. 192.

es -continúa diciendo- que siempre cabe alegar que la intención legislativa ha sido la de tener en cuenta como elemento común de estos delitos el quebrantamiento de deberes profesionales. Más como quiera que estos deberes profesionales son aquellos deberes impuestos a los funcionarios públicos por razón del desempeño de sus funciones administrativas, resultaría mucho más concreto haberse inspirado en los mismos principios en que se sustentan diversos códigos que, como el italiano vigente, agrupan esta clase de infracciones por los que verdaderamente tienen de común, y este elemento no es otro que el de constituir un atentado a la Administración Pública". "Y como quiera -prosigue- que ya existe un Título en nuestro Código dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia, hubiera sido deseable la sustitución de la rúbrica de este Título VII por otra bajo la cual hubieran quedado tipificadas todas las figuras de delito contra la Administración Pública en general" (767). ORTEGO, por su parte, sin más comentarios puesto que en su obra no se dedica concretamente a los delitos en estudio, clasifica los "Delitos contra la organización administrativa" (junto a los "Delitos contra la paz e integridad exterior", los "Delitos contra la organización política" y los "Delitos fiscales") entre los "Delitos contra el Estado" (768). QUINTANO, señala que delitos de funcionarios públicos no sólo existen en el Título sino también

(767) "Comentarios...", cit., T. IV, pgs. 57-58. En definitiva, preconiza una opción que, de aceptarse la interpretación del Código y doctrina italiana sobre este punto que antes he dado, se limita a una mera sustitución de rúbrica, sin más alcance, puesto que encuentra sobre el contenido iguales caracteres y predica del mismo idénticos rasgos comunes que los deducibles de tal legislación y propuestos por dicha opinión doctrinal.

(768) "Ensayo sobre la Parte especial del Derecho Penal", Universidad de la Laguna, Secretariado de Publicaciones, 1959, pg. 79.

en otros lugares del Código, principalmente en el Título II, capítulo II, sección 2a. del propio Libro II; entre ambos grupos de delito "la diferencia estriba precisamente en la entidad del objeto jurídico; de naturaleza constitucional y política en los del Título II, y más estrictamente profesional, administrativa y, desde luego, común en los del Título VII". Por otra parte, dentro del Título VII distingue entre "infracciones formales", o de pura actividad, que afectan meramente al buen orden de los servicios, y que en puridad de principio pudieran integrar simple incivildades administrativas (como así suele suceder en la práctica, más expeditiva que el teórico puritanismo legal), e Infracciones de infidelidad o conducta, que se traducen en comportamientos con relevancia en el mundo exterior, y henchidos ya de reprochabilidad moral. Entre las primeras habrá que incluir las anticipaciones, prologaciones y abandono de funciones, las desobediencias y denegaciones de auxilio y las usurpaciones y nombramientos ilegales, así siempre circunscritas a aspectos de formalismo ya que, de contrario, vienen a constituir otras específicas harto más graves. Y entre las segundas, las prevaricaciones (no judiciales) y los cohechos" (769). Debe resaltarse que estas "Infracciones de infidelidad" las entiende este autor (según dice más adelante) como "tipicidades más concretas en que se incriminan resoluciones o conductas en las que ya no sólo entran en juego la pureza de la función, sino, además, intereses extraños públicos o privados. Constituyen "infidelidades" del funcionario en servicios que le están encomendados" (770). No obstante la dis-

(769) "Curso..." vol. 2 cit., pgs. 550-1; el subrayado es mío.

(770) Ob. cit. pg. 557; el subrayado es mío. Con ello no establece una diferencia muy clara entre unas y otras de las "Infracciones" por él

tinción, previamente ha encontrado un dato común a los delitos del Título VII en punto a bien jurídico: criticando que la rúbrica del mismo "en vez de la preposición "contra" usa la de "de", señala que "ello no quiere decir, naturalmente, que en ellos no exista el bien jurídico tutelado operante como objeto del delito, que es el servicio mismo, valor ideal de "la cosa pública" (según la fórmula francesa), la "Pública Administración" (según la italiana) o simplemente el "deber profesional" (en la del Código suizo)" (771). Según MARQUEZ, "protege este título al oficio público frente a la deslealtad o abuso de su titular" (772). PUIG PEÑA, piensa que además de la

... destacadas, en cuanto que ambas, primariamente, atacan a los servicios, esto es, son infracciones del deber de servicio; la diferencia la establece sobre el dato, secundario, de que las "infidelidades" a más de este ataque, "atentan a valores morales como son los del "secreto" o la "honestidad sexual", y más concretamente, a la corrupción venal, constitutiva del delito de "cohecho", no dejando claro a qué tipo de valor ataca, aparte de la alteración del servicio, la prevaricación, que define como "infidelidad" del funcionario "en la resolución de asuntos", sin más añadido. Dicho de otra manera, en el fondo sustenta idéntica opinión a la antes reproducida de JASO.

(771) Ob. cit., pg. 549; el subrayado es mío.

(772) "Código Penal, texto revisado de 1963", Madrid, Aguilar S.A. de Ediciones, 1964, pg. 386.

condición de funcionario del sujeto activo "hay otra nota que, como dicen los autores, califica a estos delitos, y es el hecho de que todos ellos suponen faltas personales del funcionario" (773). MUÑOZ CONDE, pese a las dificultades que advierte ("las dificultades sistemáticas se reflejan en la búsqueda de un bien jurídico común a todas las infracciones recogidas en el título VII") intenta también la vía sintética y llega a la conclusión de que "tal bien jurídico común.... sólo puede encontrarse en un vago quebrantamiento de deberes profesionales o en la pureza de la Administración pública en general" (774). Clasifica los "delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos" dentro de la categoría de "delitos contra el Estado" (subdivisión, a su vez, de la de "delitos contra la sociedad") por cuanto entiende que "junto a los delitos que afectan al orden político del Estado, existen también otros que atacan su organización burocrática", lo que, en su opinión, se da en "los delitos contra la Administración de Justicia (Título IV) y los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos (Título VII)" (775). Recientemente, CERE-

(773) "Derecho Penal..." T. III, cit., pg. 402, n.2.

(774) "Parte Especial...", cit., pg. 654; hay aquí, sin embargo de la crítica negativa del propio MUÑOZ CONDE (v. "Introducción" a "Política criminal y Sistema de Derecho Penal" de Claus Roxin, traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1972, pg. 11, e "Introducción al Derecho Penal" cit., pg. 25) una cierta coincidencia con la teoría de Roxin de los "Pflichtdelikte" a la que me referiré más adelante.

(775) "Parte Especial", cit., pg. 484.

ZO ha señalado que "los preceptos del Derecho Penal que regulan los delitos de los funcionarios públicos tienen como fin, lo mismo que los del Derecho disciplinario, el mantener a los funcionarios en la observancia de sus deberes y el contribuir a la mejor organización del servicio público" (776). Por último, RODRIGUEZ DEVESA entiende que el Título VII es un residuo histórico, en el que se han agrupado figuras que no tenían mejor encaje en otros lugares del código, sin que exista un bien jurídico común a todas ellas; dicho bien jurídico debe determinarse sobre cada una de estas figuras (777). Más adelante, señala que se acostumbra a destacar como rasgo común la infracción del deber de servicio, pero que en estos delitos hay algo más que esta infracción: "en todos ellos la razón de su incriminación se halla en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico" (778), cl

(776) "Curso...", cit., pg. 46. También en "Límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo", en "III Jornadas de Profesores de Derecho Penal", Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1976, pg. 91 (anteriormente publicado en "ADPCP", T.XXVIII, Fasc. II, Mayo-Agosto, 1975, pg.171)

(777) "Parte Especial....", cit., pg. 990.

(778) Ob. cit., pg. 995. CASABO ("Comentarios...", cit., T.II, pg. 94), sobre cita de RODRIGUEZ DEVESA, apoya el mismo criterio: "... tampoco cabe afirmar... que los delitos de funcionarios son simples modalidades agravadas de infracciones disciplinarias, más bien parece lo correcto examinar cada delito en particular, pues en la mayor parte, junto a la infracción del deber de servicio, existirá la lesión o puesta en peligro de otro bien jurídico". Adviértase, no obstante, que esta opinión plantea una cuestión: el autor no está totalmente de acuerdo con su cita de apoyo, pues mientras para RODRIGUEZ DEVESA, como se acaba de ver, en todos los "delitos de funcionarios" hay, a más del incumplimiento del deber de servicio,

ra en algunos (como en la prevaricación "que podría trasplantarse sin esfuerzo al grupo de delito contra la Administración de Justicia"), pero también presenta "en otros a primera vista más alejados". "Parece, no obstante, -continúa diciendo- que sería trastornar con exceso el orden legal disgregar un grupo que, sin duda, está llamado a desaparecer, por lo que nos limitaremos a consignar en cada caso los intereses jurídicos afectados por las conductas en cuestión" (779). A pesar de todo lo anterior, acaba por indicar un rasgo común: cuando preconiza que "los delitos susceptibles de ser subordinados a otros epígrafes ya existentes deberían trasladarse allí", añade, "su peculiaridad reside en un abuso de poder en relación con el bien jurídico lesionado o puesto en peligro", y prosigue, "cuando la infracción del funcionario se considere que es de índole puramente interna, cosa que, a mi juicio, no ocurre en ninguno de los supuestos contenidos en el Título VII, debe ser radiada o no admitida en el derecho penal. Allí donde no hay abuso de poder que la Administración confiere al funcionario debe intervenir solamente el derecho disciplinario para traerle al cumplimiento de sus obligaciones" (780). En última instan-

... "la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico", para CASABO, como se vé, ésto solamente ocurre en la "mayor parte" de éstos delitos; ergo, en los demás, según este autor, existe solo la infracción del deber de servicio (las más graves de ellas siendo así "simples modalidades agravadas de infracciones disciplinarias"). A ello me referiré (como a que conciba, a diferencia también de RODRIGUEZ DE VESA, la infracción del deber de servicio como un bien jurídico, como se deduce de que se refiera a "otro bien jurídico") más adelante.

(779) "Parte Especial...", cit., pg. 995.

(780) "Parte Especial...", cit., pgs. 997.

cia, clasifica los "delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos" entre los "delitos contra la sociedad", al lado de (y por tanto diferenciados) los "delitos contra el Estado", entre otros (781).

B) Respecto a la anterior doctrina española, apunta, pues, RODRIGUEZ DEVESA, una vía distinta: frente a los intentos sintéticos de aquella, preconiza este autor un análisis de cada uno de los tipos o pequeños grupos de tipos (ni siquiera coincidentes con cada uno de los capítulos). El rasgo común que, en un último momento, determina, es, por una parte, desde una cierta perspectiva, congruente con la rúbrica del título ("en el ejercicio de sus cargos") y, por otra parte, de tal amplitud, que no obstaculiza al indicado procedimiento analítico.

El que una cosa no impida la otra, diferenciándose así de aquellos genéricos bienes jurídicos antes resaltados que no me parecen aceptables, radica, en mi opinión, en que el razonamiento del abuso de poder no es incorrecto (siempre, como a continuación se verá, que se tenga en todo momento presente su carácter fundamentalmente instrumental). Lo que ocurre es que, a mi modo de ver, se trata mas de una orientación para la determinación de los bienes jurídicos, que de la determinación misma (782).

(781) "Parte Especial", cit., pgs. 527-528.

(782) La genericidad a que aludo la reconoce, de algún modo, STORTONI cuando, en su investigación sobre el abuso de poder, señala que "la unidad de la disciplina de los abusos de poder dictada por la ley en relación a la entera organización estatal, sin distinción según que pertenezca al desenvolvimiento de la función administrativa, judicial o legislativa... crea problemas de no fácil solución", este planteamiento -sigue diciendo- provoca, dada

Ello no quiere decir que me decante por la aceptación de esta orientación del "abuso de poder". Quiero decir que se trata de una muy interesante, y fructífera, perspectiva, en la que han habido notables intentos (783) y que tiene, fundamentalmente, la cualidad de resaltar un hecho, una realidad: la ostentación de poder por parte de la Administración (sus funcionarios), esto es, el "poder público", y el abuso que de él se hace al cometer las conductas descritas en los "delitos de funcionarios".

Tiene, en cambio, el aludido defecto: su amplitud, su falta de aprehensibilidad a la hora de manejarlo con efectos en la práctica. Y, además, en mi opinión, y esto es lo más importante, resulta un enfoque no patrocinable sin más: también en la detención ilegal cometida por funcionario público hay un abuso de poder y, no obstante, se caracteriza (sobre el C.p. español) por significar un ataque a un derecho individual (la libertad) constitucionalmente reconocido. Se trata, pues, de variar también en los "delitos de funcionarios" la perspectiva, por lo menos en parte, no tanto para fijarse en los derechos individuales afectados por la conducta del funcionario (que

... la diversa caracterización de tales funciones propia de un Estado de derecho, "que la determinación del objeto jurídico tutelado, no pueda captarse mas que a un nivel sustancialmente genérico" y, así, en efecto, "se deberá extraer un tipo de interés común a las varias ramas del ordenamiento"; las aludidas dificultades son -prosigue- particularmente arduas en relación a los "sujetos que desempeñan la función legislativa" ("L'abuso ..." cit., pgs. 126-127).

(783) V., p. ej., últimamente, INFANTINI, "L'abuso..." cit. y, especialmente, STORTONI, "L' abuso..." cit.; V. también, la doctrina alemana que mantiene este punto de vista, que después citaré.

pueden comprobarse en algunos de los impropios delitos de funcionarios y, eventualmente, en algunos de los propios), cuanto en el interés de todos los ciudadanos, del conjunto social, en que la Administración desempeñe su actividad conforme a determinadas exigencias. Un interés social (que puede -y debe- tener también rango constitucional) en el mantenimiento de estas exigencias cuando al funcionario actúa ejerciendo su cargo.

Si, como dice ENZENSBERGER, "los poderosos sin los impotentes son impotentes" (784), no se trata de un interés en observar el poder de los poderosos, en si abusan de él; pues la mera ostentación de poder significa ya, en sí misma, un abuso en relación a aquellos sobre los que es ejercicio; por lo que resaltar la desmesura en el empleo del poder, el abuso de poder, el abuso de un abuso, no significa, al cabo, sino resaltar una insatisfactoria situación de hecho, cuya raíz (el origen de la insatisfacción) no está en el abuso, sino en la ostentación del poder, y cuya crítica y resolución no se sitúan, así, en el ámbito del Derecho penal, pues, de este modo, el Derecho penal solo ayudaría a su mantenimiento. Se trata de mantener abierta esta posibilidad, como eventualmente ejercitable, para que se peche con ella desde otros campos de la vida social, y actuar desde el Derecho penal sobre el otro término de la relación, esto es: atribuyendo poder a los impotentes, que puedan esgrimir frente a los poderosos, frente a la Administración, que adquiere así su auténtico carácter de instrumento, como cuadra a la normal relación entre administrador y dueño de lo administrado, que no tiene por qué verse alterada, en su fundamento último, cuando el primero es la Administración pública y el segundo la sociedad. Lo que

(784) "Reflexiones ante una celda encristalada", en "Po
lítica y delito" cit., pg. 33.

no implica la total cosificación del administrador, porque también el funcionario es individuo, sino de la función, de la actividad que desempeña.

Dicho sea lo anterior -insisto-, sin ignorar la importancia de la tesis del "abuso de poder". Sino únicamente como llamada de atención sobre el carácter instrumental de la misma.

Aceptado este carácter, entiendo que el Derecho penal, si bien difícilmente puede emplearse para desmontar la situación de hecho a que me refiero (ya que entraría en una cierta contradicción consigo mismo, al ser, por su parte, emanación del poder), para lo que desde luego no puede servir es para desvirtuar esa funcionalidad de la fórmula del "abuso de poder". Al contrario (dando un paso mas), debe utilizarse, en la medida de sus posibilidades, no ya solo contra el abuso, sino contra el poder directamente.

A la viabilidad de que el Derecho penal reuna esta doble y contradictoria condición de instrumento del poder y protección frente al mismo, me he referido más atrás.

Por lo demás, el empleo de la perspectiva del poder residenciado en el Estado, a veces conduce, en la materia objeto del presente trabajo, a resultados notoriamente insatisfactorios: así, por ejemplo, la incidencia de la tesis de las "relaciones especiales de poder" (supremacía o sujeción especial, frente a la general) en la caracterización del ilícito disciplinario y su difrenciación del penal y, mas concretamente, la relación falta disciplinaria de funcionarios-delito de funcionarios, como mas adelante se verá. Precisamente, en su exposición sobre el "abuso de poder", resalta STORTONI que "en el terreno privado, por poder no podía entenderse mas que la

facultad inherente a un derecho subjetivo, mientras que en el campo del derecho público, indica la situación jurídica de supremacía conferida a un sujeto respecto de otros con el fin de perseguir un interés público" (785). Tal distinción no puede por menos que llevar a reflexionar, frente al papel conferido en el análisis al estudio del poder, en el papel que puedan jugar en este terreno los llamados "derecho públicos subjetivos". VILLAR los caracteriza así: "En el Estado-policía la mayor parte de las normas que el príncipe emana son normas dirigidas a los funcionarios, a los corregidores, a los municipios. El particular no es en modo alguno titular del derecho al cumplimiento de estas normas, no puede invocarlas cuando son infringidas. El único que tiene derecho a exigir su cumplimiento es quien las dicta; el príncipe. Por el contrario, en el Estado de derecho surgirá la idea del derecho público subjetivo que responde a la situación opuesta a la descrita para el Estado-policía. Un derecho público subjetivo existe allí donde la norma tiene carácter imperativo, está destinada a la satisfacción de intereses individuales, y atribuye al particular la potestad subjetiva de exigir una conducta determinada de la Administración" (786).

C) La conclusión que puede extraerse del examen de la doctrina española es que, aparte RODRIGUEZ DEVESA, en los términos que he señalado, el resto, de una u otra manera, reproduce los criticados argumentos de la doctrina italiana antes expuesta, si bien resalta más que el general bien jurídico "funciones públicas estatales", los particulares de dignidad o deber de servicio, especialmente este último, ora directamente como tal bien jurídico, ora, en

(785) "L'abuso..." cit., pg. 36; el subrayado es mío.

(786) "Introducción..." cit., pg. 144.

un supuesto (JASO), no como bien jurídico pero si como rasgo común a todos los delitos contenidos en el Tit. VII y caracterizador de ellos (787). Son, pues, extendibles a esta doctrina española las críticas anteriormente apuntadas respecto de la italiana.

(787) Opinión que, como se ha visto, RODRIGUEZ DEVESA no rechaza de plano, sino que matiza: no existe solo la "infracción del deber de servicio", sino "algo mas".

8. La doctrina alemana sobre el bien jurídico en los
"delitos del cargo".

De entre los valores particulares que los autores señalan como objeto de protección de los delitos en estudio, el más generalmente alegado, según se ha visto, es el deber del funcionario, lo que, normalmente, lleva a la afirmación de que se tratan de supuestos de transformación de ilícitos disciplinarios en penales. En este sentido es, precisamente, en el que se pronuncia gran parte de la doctrina alemana (788).

A) Obviamente, otras diferentes posturas cuentan también con seguidores de esta nacionalidad. Así, por ejemplo (aparte de otros a los que más tarde me referiré), configuran los "delitos de cargo" en torno a un mal empleo del poder por parte de los funcionarios: REICHARDT (789), GERLAND (790), BALDUS (791). Pone el acento en la "pure-

-
- (788) V. una detenida exposición de las más relevantes opiniones de la doctrina alemana en torno al bien jurídico en los "delitos de cargo", en el escrito de habilitación de Heinz WAGNER, "Amtsverbrechen" cit., pgs. 28-80.
- (789) "Las tipologías de los delitos de cargo protegen el interés del Estado y de la Sociedad en el correcto ejercicio del poder del cargo" ("Kurzgefasster Lehrbuch des deutschen Strafrechts (RStGB in der Fassung vom 19 Juni 1912)", Karlsruhe, F. Langs Buchhandlung, 1912, pg. 419).
- (790) Lo característico de estos delitos "es la mala utilización de este poder (el poder estatal) por parte de un portador del mismo" ("Deutsches Strafrecht", cit., pg. 353; con otras matizaciones, también WELZEL en "Das Deutsche Strafrecht", cit., pg. 537).
- (791) En "Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar", 9a. Aufl., Walter de Gruyter-Berlin-New York, 1972, pgs. 12 y ss.

za" del ejercicio de la función MEZGER-BLEI (792). Para MAURACH, "bien jurídico común a todos los delitos de cargo es la confianza pública en la pureza del ejercicio del cargo" (793). WAGNER, ha criticado la adopción de un bien jurídico común a todos los "Amtsverbrechen" porque, en su opinión, con ello apenas si se ha ganado nada en cuanto a la elaboración dogmática del contenido del injusto de los delitos en particular. Por otra parte, señala que el bien jurídico "pureza del ejercicio del cargo", resulta tan vago que es inadecuado tanto para separar los delitos comunes de los "Amtsverbrechen" como para delimitar éstos de las infracciones disciplinarias (794). En este sentido, aporta opiniones contrarias al bien jurídico "pureza del ejercicio del cargo" como la de Hellmuth MAYER ("es una construcción ficticia"), Eberhard SCHMIDT ("es demasiado general"), TIEDEMANN ("a base de este bien jurídico no puede trazarse la frontera entre derecho penal y derecho disciplinario") o JAGER ("es demasiado abstracto para ser un bien jurídico") (795). Singular inte-

-
- (792) "Bien jurídico protegido es, en general, la organización estatal internamente considerada, mejor dicho: la pureza del ejercicio del cargo, en el sentido amplio de la palabra... Lo decisivo es el objetivo interés de evitar las acciones lesivas o peligrosas para el correcto ejercicio del cargo" ("...Strafrecht", II, "Besonderer Teil", 9a. Auf., München und Berlin, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1966, pg. 320; v. la opinión de CRAMER, en "SCHÖNKE-SCHRÖDER, Strafgesetzbuch Kommentar", 18^a Aufl., cit., pg. 1765, después reproducida).
- (793) "Deutsches Strafrecht. B.T.", cit., pg. 740; opinión compartida por numerosas sentencias tanto de la BGH como de la RG, y por bastantes autores: cfr. WAGNER, "Amtsverbrechen", cit., pg. 43 y n. 10 de esta misma pg.; v. la también concomitante opinión de FUHRMANN, resumida por WAGNER (ob.cit.pgs.47-48).
- (794) "Amtsverbrechen", cit., pg. 49.
- (795) ob. cit. pgs. 50-51.

rés posee la opinión de RICHARD SCHMIDT; para este autor, "los 'delitos y contravenciones en el cargo' se sitúan como lesiones y puestas en peligro de la entidad social, próximas a los ataques punibles en la esfera del Estado. Toman cuerpo en el deterioro de aquella organización que el Estado, en cumplimiento de su propia función, crea y mantiene para la satisfacción de las necesidades colectivas, a través de la Administración pública y de la Administración de justicia (así como (toman cuerpo) en los ataques destructores de la eficacia de la organización funcional del Estado, del organismo de sus funcionarios, cargos y autoridades). Sin embargo, se diferencian de los delitos contra el Estado. Estos últimos se materializan en ataques del ciudadano, del particular, contra la función estatal. Contrariamente, los "delitos de cargo" consisten en acciones abusivas del propio funcionario en cuanto órgano estatal.../ Muchas veces los delitos de cargo han sido incluidos entre los delitos contra el Estado en sentido estricto, y en verdad toda lesión del deber del cargo, si se mira desde el lado de la relación de derecho público existente entre el Estado y el funcionario, implica un menoscabo del Estado, de su autoridad y de su existencia aseguradora... Esto no cambia que el efecto inmediato de los delitos de cargo se sienta como daño o peligro para el pueblo o la sociedad. Los delitos de cargo significan, no sólo en su generalidad sino también en cada caso concreto, una perturbación del normal y deseable estado de cosas que todos los ciudadanos depositan, para la protección y satisfacción de sus intereses comunes, en el funcionamiento objetivo y conforme a deber de la Administración. Toda recepción de dinero en el cohecho, todo mal uso del poder del cargo para coaccionar,... toda prevaricación, aporta un elemento impropio del caso, extraño al funcionamiento administrativo, que falsea el aparato orgánico de la vida comunitaria. Puesto que el concepto de "órgano" debe describir el carácter de la autoridad como

un "instrumento de actuación" de la comunidad nacional, el delito de cargo aparece como una inutilización o un deterioro del aparato instrumental de la sociedad... pudiendo en ocasiones acarrear también el daño de intereses individuales" (796). Con esta última opinión puede conectar la de Ulrich STOCK. Este autor, rechaza la lesión del deber del cargo como esencia de los "Amtsverbrechen" (por impedir la distinción con el ilícito disciplinario, por aportar un contenido indeterminado y poco claro lo que impide que pueda considerarse objeto de protección, y porque existen "Amtsverbrechen" con sujeto activo no funcionario insusceptible de ser sometido al poder disciplinario) y entiende que la característica de estos delitos es que implican ataques para intereses de la sociedad; así, el bien jurídico común sería el regular funcionamiento de la Administración del Estado, en cuanto aparato del que se sirve la sociedad para el cumplimiento de la tarea común y de cuyo correcto funcionamiento depende (797). "Verdaderamente -dice WAGNER- hoy en día nadie pretende que los "Amtsverbrechen" sean meras lesiones del deber, sino que hay acuerdo en que también son siempre lesiones de un bien jurídico. Pero, para muchos, el injusto específico de los "Amtsverbrechen" no puede explicarse sino a través del pensamiento del deber, fundamentalmente para aquellos que conciben el delito, en primer término, como lesión de un deber" (798).

B) Pero, en general, resulta válido el comentario de STORTONI cuando, refiriéndose al abuso de poder, señala "la notable confusión de conceptos que existe" en la doctrina alemana a este propósito, pareciéndole al autor italiano

(796) "Grundriss...", cit. pgs. 313-314.

(797) "Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen", Leipzig, Verlag von Theodor Weicher, 1932, pg. 244-250.

(798) "Amtsverbrechen", cit., pgs. 37-38.

"sintomático de esta situación.... el hecho de que, en el análisis del bien tutelado por las normas que reprimen los delitos de los funcionarios públicos, a menudo se ponen en común la legalidad, los derechos del ciudadano, la fidelidad. Bienes que sustentan concepciones antitéticas de la relación ciudadano -autoridad, con consiguiente incidencia en la función socio-política de las normas penales en cuestión" (799).

En particular, se inclinan por la primera de las corrientes de opinión apuntadas ("delito de cargo" como infracción de deber), SCHÜTZE (800), TEMME (801), MEVES (802),

(799) Así -sigue diciendo- se habla de "pureza (Reinheit) de la función" y al mismo tiempo de tutela de la función (MEZGER-BLEI). En el mismo sentido, se dice que la esencia de estos delitos está en la violación de los deberes del cargo, en la violación de la confianza, que se sustancia en abuso de poder (P. BALDUS); violación del deber de fidelidad y puesta en peligro de la integridad nacional del Estado se mancomunan en SCHÖNKE-SCHRÖDER. Evidencia el perfil de la lesión de derechos individuales LISZT-SCHMIDT ("L'abuso di potere....", cit. pg. 8, n. 6).

(800) "Delitos de cargo, en sentido propio, son las lesiones criminalmente punibles de un especial deber del cargo por un funcionario... Toda lesión del deber del funcionario, revierte inmediatamente en una contravención del ordenamiento funcional de la vigilancia correctiva del Estado (Poder disciplinario), efectuada a través de un puesto administrativo sometido a una autoridad superior" ("Amtsverbrechen", cit., pg. 50; también en "Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, auf Grund des Reichsstrafgesetzbuche", Leipzig, J.M. Gebhardt's Verlag, 1871, pgs. 521-522).

(801) "Delitos de cargo son las lesiones de los deberes de un cargo" (T.D.H. TEMME, "Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts", Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1876, pg. 382).

(802) "Al tomar su cargo, el funcionario entra bajo el dominio de dos mandatos, de los que uno le ordena:

MERKEL (803), MEYER (804), BERNER (805), HUBRICH (806), SCHAEFFER y BECKER (807), TREPPER (808), WACHENFELD (809), HENNING (810), VON HIPPEL (811), SIEGERT (812), WELZEL (813), EVERS (814), BALDUS (815) y SCHÖNKE-SCHRÖDER (816).

... debes cumplir los deberes relacionados con tu cargo", y el otro: "debes observar cuidadosamente a través de tu conducta dentro y fuera del cargo la atención y la apariencia que tu profesión exige" (nota (1): sobre estos dos mandatos se mueve también las leyes disciplinarias...). Cada contravención de uno de estos dos mandatos implica una lesión de aquellos deberes que presiden el cargo de funcionario, es un ataque contra las normas que regulan la conducta del funcionario dentro y fuera del servicio. Puesto que la ley en los delitos de cargo solamente castiga con pena acciones del funcionario que él ejecuta en la práctica, o en la omisión de la práctica, de su cargo y en las que él actúa en su calidad de funcionario, un cumplimiento exacto del mandato jamás puede conducir a acciones punibles ni desde un punto de vista objetivo ni subjetivo, por lo que no puede dudarse que el funcionario a través de tales acciones contraviene el mandato y con cada una de éstas caracteriza una lesión del deber de servicio a que está obligado. En esta lesión del deber del cargo es donde hay que encontrar la esencia y la naturaleza de los delitos de cargo... Que el legislador ha considerado como carácter fundamental de las acciones punibles comprendidas en el capítulo 28, la lesión del deber de servicio, aparece claramente a través del origen histórico del precepto en cuestión, aunque el legislador no ha hecho de esta lesión del deber de servicio una especial característica legal en la normación de los tipos en concreto. Sin embargo, podría haber formulado cada uno de la siguiente manera: "un funcionario, que lesiona su deber del cargo a través de... será castigado...", formulación que hubiese dado una expresión mucho más pesada al pensamiento legislativo y que, por otra parte, a través de su repetición en cada uno del capítulo habría resultado desacostumbrada y enfática" ("Das Wesen...", cit., pgs. 218 (i.f.) -220).

(803) Para quien, los "puros delitos de cargo" "están en una relación esencial con una lesión del deber de servicio", mientras que "los impropios delitos de cargo se dirigen contra intereses cuya lesión no está necesariamente relacionada con la lesión de

- ... un deber de servicio" ("Lehrbuch...", cit. pg. 411. En la pg. 410 afirma: "Los puros delitos de cargo lesionan aquellos intereses del órgano al que pertenece el funcionario público cuyo cuidado se le ha confiado").
- (804) Los delitos de cargo "consisten en la lesión de un deber estatal hacia el servicio" (Hugo MEYER, "Lehrbuch...", cit., pg. 677).
- (805) "Delitos de cargo son las lesiones de un deber del cargo conminadas con una pena" ("Lehrbuch des Deutschen Strafrechts", 18a. Aufl., Leipzig, Verlag von Bernard Tauchnitz, 1898, pg. 663).
- (806) Afirma que "el código prusiano sostuvo en forma indiscutida la compatibilidad de las penas criminales con motivo de la infracción del deber por el funcionario, que debía comparecer ante las autoridades judiciales, con los asuntos disciplinarios en los que los resortes eran actuados por las autoridades superiores. Con esto se dió al, hasta entonces, llamado "Derecho de la disciplina" el mismo alcance que al concepto de poder disciplinario anteriormente estudiado" ("Die Entwicklung...", cit. pg. 65). Se refiere al "poder disciplinario como sistema que debía garantizar la permanencia del orden y de la disciplina en el círculo de vida interno de la general convivencia estatal... Como fin de los medios coactivos dados con el poder disciplinario, valía el mejoramiento de los pertenecientes al círculo de vida mencionado con consideración de sus deberes especiales" (-ob. cit. pg. 61-). Más adelante, indica que se ha considerado modernamente como fundamento propio de estos delitos cometidos por los funcionarios "el deber especial de obediencia de estos últimos al Estado, como su jefe que es, y que en el A.L.R. en cuanto "delitos de cargo" se castigan con pena criminal únicamente las más graves lesiones culpables del deber interno de servicio del funcionario estatal para con el Estado, con respecto de las cuales los medios ofrecidos por el poder disciplinario se han observado insuficientes; y añade: "No se puede negar la aprobación a este punto de vista. También en su favor habla el texto de la ley (por ej., en los §§ 333, 334, 340) que configura como objeto de la acción punible, en general, la lesión de "los mandatos del cargo", por ej., de los deberes del cargo, sin distinguir entre deberes externos, normados por el legislador, y deberes internos, aceptados a través del contrato de servicio, frente al Estado; por ello, junto al amplio carácter que presentan los deberes de servicio fundamenta-

- ... dos en el contrato, el texto habla de identificación entre "deber del cargo" y "deber de servicio" ... La criminalización de toda una serie de lesiones del deber interno de servicio del funcionario con respecto al Estado, está en concordancia con los preceptos fundamentales del derecho de funcionarios en el § 85, II, 1o, A.L.R." (ob. cit. pgs. 74-76).
- (807) "Delitos de cargo son las lesiones a un deber público de servicio, conminadas con una pena pública" ("Grundriss des Strafrechts", VIII Bd. des Grundrisses, Düsseldorf, Schmitz & Olberz, 1912, pg. 165).
- (808) Refiriéndose a la "Rechtsbeugung", hace una extensión, en punto a bien jurídico, para todos los delitos de cargo, de la siguiente manera: "El objeto contra el que se dirige el delito de "Rechtsbeugung" es, como en el resto de los delitos de cargo, el interés estatal en la práctica conforme a deber del poder del cargo consecuentemente con la voluntad estatal..." ("Richterbestechung...", cit., pg. 58).
- (809) En su opinión, "el Estado asegura una protección penal elevada a sus funcionarios ocupados en la práctica del poder estatal, pero espera también un cumplimiento concienzudo de sus poderes e inflinge las mismas penas caso de negligencia de los mismos (negligencia no entendida como forma de culpabilidad, sino como omisión del cumplimiento de los deberes). Las acciones punibles que consisten en las lesiones del deber se agrupan, bajo el nombre de "delito de cargo", en el capítulo 28 del c.p." ("Lehrbuch...", cit. pg. 590). Y más adelante añade: "La relación de poder puede manifestarse jurídicamente en el poder disciplinario estatal sobre el servidor (el funcionario). Si éste basta o no, puede ser una cuestión dudosa" (ob. cit. pg. 592).
- (810) Según el cual, "del común tratamiento de los delitos de cargo en el capítulo 28, hay que deducir que el legislador ha considerado primariamente como bien jurídico propio el deber del cargo. De la construcción de un grupo especial de delitos de cargo se puede sacar como consecuencia que se trata de subrayar el ataque al Estado como ostentador del poder de la función. Si él (el legislador) hubiese considerado lesionados otros bienes jurídicos, sean de la colectividad o del individuo, habría conectado probablemente los tipos, dentro del sistema jurídico-penal, a otros ataques comunes. Sea, pues, señalado que todos los delitos de cargo contienen una lesión del deber del cargo y, con ello, un ataque común contra el Estado" ("Die Rechtsbeugung...", cit. pg. 21).

- ...
 (811) Cree este autor que "en los delitos de cargo (§§ 331-359 StGB) no se trata, como en el anterior capítulo, de ataques de un tercero contra el poder estatal, sino de incumplimientos punibles del mismo órgano estatal. Considerados individualmente atacan diversos intereses jurídicamente protegidos. Común a todos ellos es la lesión del deber de una pura realización del cargo y con ello, hacia el interior, la lesión de la confianza depositada por el Estado en el ostentador del cargo (nota 2: Esta lesión de la confianza la perpetra no sólo el profesional de carrera en sentido estricto, sino todo aquel que tiene que realizar funciones de derecho público), hacia el exterior, el falseamiento de la voluntad estatal a través de la conducta antijurídica de su órgano" ("Lehrbuch...", cit., pg. 309).
- (812) Quien considera que lo que lesionan los "delitos de cargo" es la relación de confianza entre el funcionario y el Estado, destruida por la infracción por parte de aquel del deber de fidelidad ("Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate", Tübingen, Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1934, pg.89).
- (813) WELZEL, mas matizadamente que los autores de este grupo, a través de una cierta exigencia de abuso de poder previo, piensa que "la esencia de los delitos de función, consiste en que las acciones punibles son perpetradas, siempre que exista el mal uso del poder funcional, como lesión del deber del cargo. No es la cualidad de funcionario lo que convierte la acción en delito de función (ya que el funcionario también puede perpetrar delitos comunes), sino que lo que caracteriza a los delitos de función es la lesión del deber del cargo" (Hans WELZEL, "Der Irrtum Über die Amtspflicht" en "JZ", 1952, pg. 208; también en "Das deutsche Strafrecht...", cit., pg. 537).
- (814) Quien resalta que "el bien jurídico protegido en los delitos de cargo es, según la doctrina dominante, el deber de lealtad del ostentador del cargo frente al Estado, en lo interno, y el mantenimiento de la pureza de la voluntad estatal ante la alteración inferida por la conducta contraria al deber de su órgano, en lo exterior" (Die Strafbarkeit...", cit., pg. 188).
- (815) "Leipziger Kommentar", cit., pgs. 12 y ss.
- (816) "En los delitos de cargo el bien jurídico tiene, en verdad, una naturaleza compleja. Por un lado

La referencia al "deber del cargo" alude a un deber subjetivo, en el sentido de infidelidad deslealtad, traición a la confianza, etc., como producto de su infracción por el funcionario, que toma su origen en la "especial" relación que le une al Estado (o a otro ente público). A este tipo de deber hay que concluir que se refiere la anterior doctrina, puesto que un deber objetivo no se concibe sino en relación a la lesión o puesta en peligro (concreta o abstracta) de un bien jurídico; por lo que tal deber no adquiere sentido -aparte su análisis como elemento estructural del delito, cuya presencia no niego (817)- sino tras la previa determinación del bien jurídico con el que se relaciona. Si, por las razones que a continua-

... comprende la lesión de los deberes derivados de la relación de confianza que se da entre el funcionario y el Estado. Junto a éste, también es objeto de protección la integridad de la Administración del Estado, cuya autoridad y base de confianza puede ser dañada si los funcionarios estatales se comportan contradictoriamente respecto de los ciudadanos" ("Strafgesetzbuch Kommentar", 16a. Aufl. cit. pg. 1656. La 18a. Aufl., redactada en esta parte por Peter CRAMER, presenta variaciones: "El capítulo 28... contiene los delitos.... que se caracterizan por constituir una lesión de las relaciones de confianza respecto del Estado o de la confianza de la opinión pública en la integridad del aparato funcional... El contenido del injusto de los "delitos de cargo" consiste así en el ataque al ejercicio del cargo según el ordenamiento y en el menoscabo de los intereses estatales en presentar una imagen de aparato administrativo de Estado de Derecho. No obstante, no se puede determinar un bien jurídico unitario común a todos los "delitos de cargo", por lo que en unos tipos primará el primero de los enunciados y en otros el segundo" (ob. cit. pg. 1765). WAGNER ha criticado esta construcción al señalar que cuando, a continuación, se tratan cada uno de los "delitos de cargo" en particular, no se especifica cual de las dos posibilidades apuntadas (lesión de los deberes que derivan de la relación de confianza entre el funcionario y el Estado o integridad de la Administración del Estado cuya autoridad y base de confianza se perjudican cuando el funcionario se enfrenta al ciudadano en

ción expongo, me parece rechazable el deber subjetivo como objeto de protección, creo igualmente inadmisible (y a ello también me referiré) que dicho objeto de protección sea un objetivo deber del funcionario.

Por lo demás, un deber objetivo de respetar, por ejemplo, la imparcialidad en la actividad administrativa, no es privativo de los investidos de un cargo (como lo prueba la existencia, por ejemplo, del cohecho activo) y, por tanto, no puede tomar su origen de la especial relación de sujeción de aquel con el Estado u otro ente público (818).

Por último, un deber subjetivo de, por ejemplo, fidelidad del funcionario hacia el Estado, no limita su total ámbito a una llamada del Estado a la voluntad del funcionario (lo que de por sí ya es criticable en Derecho penal), sino que la pregunta capital que le concierne es porque exige el Estado tal actividad del funcionario, es decir, a que responde que aquel se quiera asegurar la voluntad fiel de este. Y la respuesta solo puede residir en la preten-

... forma contraria al derecho) hay que tener en cuenta ("Amtsverbrechen", cit. pgs. 79-80).

(817) V. sobre los "Amtsverbrechen" como lesiones de un bien jurídico pero con adicionales momentos (el deber) en el injusto de estos delitos, la doctrina recogida por WAGNER, en "Amtsverbrechen" cit., pgs. 52-57.

(818) La idea (ya antigua: V. más adelante la opinión de OPPENHEIM) de que con el "delito de cargo" se lesionan bienes jurídicos que solo pueden ser lesionados a través del ejercicio de un cargo, mantenida por PIOTET ("Systematik der Verbrechenselemente und Teilnahmelehre", en ZStW, Bd, 69, 1957, pg.81), la intenta rebatir WAGNER, aunque no me parece convincente el argumento de la inducción que utiliza ("Amtsverbrechen" cit., pgs. 52-53).

sión del Estado de amparar un determinado interés (suyo), cuya asocialidad se descubre ya en el procedimiento de imponer tal protección (el deber) y, posteriormente, aparecerá en la aludida determinación.

El planteamiento del bien jurídico que hacen los autores últimamente citados, construido sobre las bases de la infidelidad, deslealtad o incumplimiento del deber del cargo y el ataque a la dignidad del Estado, no puede por menos que recordar los postulados del derecho penal autoritario, ya ínsitos en la opinión de muchos autores alemanes anteriores al nacionalsocialismo (819), presentes en los que exponen sus doctrinas durante la vigencia de este e insensiblemente deslizados o palpitantes, por lo que al concreto tema de los "delitos de funcionarios" se refiere, en algunas de las concepciones jurídico-penales de los autores de esta nacionalidad posteriores al mismo (820).

Porque, en efecto, recuérdese que en el "derecho penal" nacionalsocialista "el delito era concebido como la infracción de un deber de fidelidad del individuo frente a la comunidad" (821), y que según DAHM y SCHAFFSTEIN,

(819) BARATTA, "Positivismo giuridico e scienza del diritto penale. Aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933", Milano, Dott, A. Giuffrè -Editore, 1966, pgs. 49 y sgs, y passim.

(820) Recuérdese la opinión de STORTONI ("L'abuso..." cit., pg. 8, n. 6) indicada antes.

(821) CEREZO, "Curso..." cit., pg. 128. "En múltiples formulaciones -dice WÜRTENBERGER al criticar la doctrina del injusto personal y la variación de la "l^ección del bien jurídico" a la "contrariedad a deber" el juicio ético-social del injusto se remite a elementos subjetivos como el 'deber', la 'fidelidad' o el 'sentimiento'" ("Die geistige Situation der deuts

"el delito no es solo fundamento, sino ocasión de la pena. El Estado usa la pena para hacer visible su poder a los ojos de todo el mundo. En la pena se manifiesta simbólicamente la dignidad del Estado" (822), ésto es, la pena supone una restitución de la dignidad del Estado afectada por el ataque que a ella supone la conducta del delincuente (823). No puede haber una concreción mejor de estos dos postulados generales, que ver en los "delitos de cargo" un quebrantamiento del deber de fidelidad que une al funcionario con el Estado y un ataque a la dignidad de que éste se encuentra revestida. Atributo sacral del Estado, dimanante de la "majestad" con que se presenta a los súbditos. Resalta BARATTA (824) que "los sucesos de marzo del 33 habían llevado a la afirmación de un nuevo tipo de Estado, el autoritärer Nationalstaat, bajo cuyo impulso la reforma podía encontrar finalmente el camino justo inspirándose en el principio totalitario: "todo en el Estado, todo a través del Estado", y haciendo del honor y de la dignidad del Estado el nuevo supremo bien jurídico a tutelar" (825). La cuestión es hasta qué punto esa realidad polí-

... chen Strafrechtswissenschaft", 2. Aufl., Karlsruhe, Verlag C.F. Müller, 1959, pgs. 48-49).

(822) "Liberales oder autoritäres Strafrecht?", Hamburg, hanseatische Verlagsantalt, 1933, pg. 41; el subrayado es mío.

(823) El punto de atroz culminación de esta línea de pensamiento, lo marcará la cit. ob. de DAHM y SCHAFFSTEIN, en la que "la dignidad y el interés del Estado, se consideran como justificación para la pena de muerte" (BARATTA, "Positivismo..." cit., pg. 58).

(824) Siguiendo el hilo de la obra de NAGLER, "Staatsidee und Strafrecht. Ein Beitrag zur Strafrechtsreform", en GS Bd. 103, 1933, pg. 1 y ss., por él citada.

(825) "Positivismo giuridico...", cit., pg. 57; subrayados y entrecomillados en el original.

tica y su concreción jurídico-penal tienen arraigos en la precedente época y prolongaciones (en todo caso más sutiles) en la posterior.

La señalada impresión sobre la conexión apuntada se confirma con la opinión de SCHAFFSTEIN, más directamente referida a los "Amtsverbrechen", caracterizados, en su opinión, por la concreción del concepto de autor a través de la "posición del autor en la comunidad" (826). WAGNER, ha criticado este punto de vista por demasiado inconcreto e indefinido (827).

Pero no es sólo esto, o no es esto sin más, sino que ese pensamiento debe situarse en estrecha relación con el papel asignado al bien jurídico (finalmente aceptado como instrumento por la Escuela de Kiel) por la corriente de ideas en que el autor criticado se sitúa (828).

Relación que resulta imprescindible efectuar si se

(826) V., WAGNER, "Amtsverbrechen", cit., pg. 61. En época posterior mantendrá GALLAS, mucho más matizadamente, que para abarcar el contenido del injusto no basta en todos los delitos con la "orientación hacia el bien jurídico"; en determinadas circunstancias, el momento personal de la lesión del deber puede sobreponerse al pensamiento del bien jurídico; así, en los propios "delitos de cargo" ambos momentos (el personal y el del objeto) están tan unidos que la acción aparece, por una parte, como lesión de un especial deber del autor y, por otra como dirigida contra el bien jurídico cuya protección está determinada por la existencia del deber (Wilhem GALLAS, "Zum Begriff der "Falscheit" der eidlichen und uneidlichen Aussage" en "G.A.", 1957, pg. 318; cfr. WAGNER, ob. cit. pg. 61).

(827) "Amtsverbrechen", cit., pg. 64.

(828) Sobre el papel del "bien jurídico" en el derecho penal totalitario, trataré más adelante.

quiere comprender como, manteniendo un punto de vista dia-
metralmente opuesto respecto al bien jurídico (829), ROXIN
ha incluido los "Amtsverbrechen" entre los "delitos con -
sistentes en la infracción de un deber" (830), a los que
caracteriza como aquellos en los que "el fundamento de la
sanción radica en que alguien infringe las exigencias de-
rivadas del papel social que desempeña" o, dicho de otro
modo, que en ellos lo relevante es el quebrantamiento de
deberes extrapenales (831).

En realidad, ROXIN reclama para los "delitos de car-
go" que el fundamento de la pena reside en la lesión del
bien jurídico (832), pero entiende que para la fundamenta-
ción de la autoría en estos delitos, la referencia al
bien jurídico (al igual que otras ideas con relevante pa-
pel en diferentes ámbitos del delito) no aporta nada (833)
mientras que resulta decisiva a este respecto la lesión
del deber (834).

-
- (829) V. Claus ROXIN, "Sentido y límites de la pena esta-
tal", en "Problemas básicos del derecho penal",
traducción y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Ma-
drid, Editorial Reus, S.A. 1976, pgs. 20 y ss., y
"Franz von Liszt y la concepción político-criminal
del Proyecto Alternativo", en el mismo lugar, pgs.
45 y ss.
- (830) "Täterschaft und Tatherrschaft", zweite Aufl., Ham-
burg, Cram, de Gruyter & Co., 1967, pgs. 352 y ss.
- (831) "Política criminal...", cit., pgs. 43-44. V. sobre
la doctrina alemana que ha mantenido que el funda-
mento de la naturaleza de los delitos especiales
(en general) descansa en un especial deber del suje-
to de estos delitos, dimanante de su situación en la
sociedad, y que lo diferencia de los demás indivi-
duos: QUINTERO, "Los delitos especiales...", cit.,
pgs. 39 y ss.; v. los autores allí citados y la po-
sición contraria de QUINTERO.
- (832) "Täterschaft...", cit. pg. 371.
- (833) "Täterschaft...", cit., pg. 22.

Si con ello "va demasiado lejos" ya que, pese a la indudable importancia de la presencia del deber en los "delitos de funcionarios", frente a la consecuencia de su tesis (de que cualquiera que sea la actividad del obligado al deber, si infrige éste hay que estimarlo autor del respectivo "delito de cargo"), se sitúa el hecho de que "el principio de legalidad prohíbe que se considere a las acciones de inducción, cooperación necesaria o complicidad, acciones de autoría si el Código penal no lo dice expresamente" (835); a ello hay que añadir (836) en relación a ese mismo principio, aun reconociendo que se trata "de un procedimiento técnico legislativo del que el intérprete puede extraer determinadas consecuencias dogmáticas", que "encierra el peligro de que se atente gravemente contra el principio de legalidad en su vertiente "nullum cri

(834) "Täterschaft...", cit., pgs. 352 y ss. V. también, del mismo autor: "Zur Dogmatik der Teilnahmelehre im Strafrecht" en "JZ", 1966, pg. 295; cfr. Enrique GIMBERNAT ORDEIG, "Autor y cómplice en derecho penal", Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e Intercambio, 1966, pgs. 263-265, y WAGNER, "Amtsverbrechen", cit., pgs. 70-73.

(835) GIMBERNAT, "Autor y cómplice...", cit., pg. 289; el subrayado en el original.

(836) A más de los comentarios poco favorables que, en relación a la autoría mediata en los casos de instrumento doloso, le suscita a RODRIGUEZ MOURULLO ("El autor mediato en el derecho penal español", en "Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho" cit., pgs. 573 y sgs.), de las apreciaciones críticas de QUINTERO ("Los delitos especiales...", cit., pgs. 101 y 103) y, especialmente, de la crítica de fondo llevada a cabo por Friedrich-Christian SCHROEDER ("Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft", Berlin, Dunker & Humblot, 1965, pgs. 86 y ss.).

men sine lege". Pues si estos deberes sociales no están descritos legalmente, su constatación debe hacerla el juez a su libre albedrío por medio de la creación libre del Derecho" (837).

WAGNER ha reprochado a ROXIN precisamente la falta de un análisis, expresivo, del deber a que éste alude (838).

-
- (837) MUÑOZ CONDE, "Introducción...", cit., pg. 25; también en su "Introducción" a la traducción de la obra de ROXIN "Política criminal...", cit., pg. 11. El propio ROXIN, como resalta MUÑOZ CONDE en las citadas páginas, alude al peligro a que éste último se refiere, aunque tal peligro, dice el autor alemán, "no radica... en la falta de descripción de la acción, sino en la vaguedad de los deberes a que se refiere" el legislador en la norma que se considere ("Política criminal...", cit., pg. 44; el subrayado es mío).

Todo lo anterior no obsta, sorprendentemente, para que precisamente MUÑOZ CONDE (como en otro lugar ya he señalado) entienda respecto de los "delitos de funcionarios" del título VII del Libro II del Código penal español, que el "bien jurídico común... sólo puede encontrarse en un vago quebrantamiento de deberes profesionales o en la pureza de la Administración pública en general... poco indicativo, en general, de la naturaleza de estos delitos" ("Parte Especial...", cit., pg. 654). Ni siquiera ROXIN se atreve a tanto, según se ha visto ("Täterschaft...", cit., pg. 371).

No me parece excesivamente congruente la opinión últimamente citada del autor español, habida cuenta de su precedente crítica. Pero, aunque fuera congruente sobre la base de que la "crítica debe dirigirse más contra el legislador, que usa y abusa de estos procedimientos (delitos consistentes en la infracción de un deber, como normas penales en blanco), que contra el intérprete que lo único que hace es deducir las consecuencias que se derivan de la regulación legal" (MUÑOZ CONDE, "Introducción...", cit., pg. 25), hay que decir, si realmente se piensa, como parece hacerlo MUÑOZ CONDE, que en tales procedimientos hay algo "verdaderamente peligroso para la seguridad jurídica y para las garantías de los ciudadanos frente al poder punitivo estatal" ("Introducción...", cit., pg. 23), que

Pienso que, en realidad, es aquí donde reside todo el trasfondo de la cuestión (y las mencionadas críticas en referencia al principio de legalidad lo confirman). En el sentido de que el análisis de tal deber pondrá en evidencia que a su existencia está originada por la presencia de un bien jurídico protegido, en relación al que, inexorablemente, tiene que estar aquel, o éste deber no puede considerarse desde el punto de vista jurídico-penal. Y dicho bien jurídico no es en absoluto inocuo a la hora de plantearse la autoría o la omisión en, por ejemplo, los "delitos de funcionarios".

De la observación de determinados delitos, se desprenden consecuencias en muchos casos coincidentes con las con

... en nada ayuda a alejar tales peligros el papel asignado aquí por este autor al intérprete (que, en definitiva, viene a resumirse en una utilización de un método de "subsunción" sin alternativa ulterior, lo que es, en mi opinión, rechazable (v. Luigi FERRAJOLI, "Magistratura democrática e 'esercizio alternativo de la funzione giudiziaria", en "L'uso alternativo del diritto", I, cit., pgs. 116 y Sgs.). Ni creo que tal papel sea el que el intérprete puede desempeñar, ni que haya que esperar a, o esperarlo todo de, un cambio de actitud del legislador (v. Biagio DE GIOVANNI, "Significato e limiti del 'reformismo' giuridico", en "L'uso alternativo...", I, cit., pgs. 265 y ss.), especialmente si se considera que, durante la espera, se sigue juzgando. Entiendo, a cambio, que también hay que interpretar precisamente en el sentido que haga desaparecer o, por lo menos, paliar los peligros advertidos, que, desde luego, se materializarán caso de seguirse exclusivamente el método que aquí se rechaza.

(838) "Amtsverbrechen", cit., pg. 72.

clusiones últimas de la tesis de los "Pflichtdelikte" (839). Lo que quiere decir que no sucede así en todos los supuestos y que la explicación dada no es la única o no es suficiente.

Así, respecto a la omisión, ¿quid en el caso de silencio administrativo por parte del funcionario que, por ministerio de la ley, produce una negativa y justa resolución? El deber de resolver justamente se ha cumplido en apariencia, pero no el de resolver expresamente lo que, en principio, parece engendrar una nueva injusticia en la resolución. ¿Se colman de esta forma las exigencias del delito de prevaricación del artículo 358 del Código penal? ¿A cual de los dos apuntados deberes hay que atender? ¿O lo relevante aquí es un genérico deber de respeto al bien jurídico, por lo demás presente en cualquier género de delito (840)? Sólo la determinación del bien jurídico y la referencia a él de la descrita acción puede contestar estas preguntas.

En cuanto a la autoría y participación, si se atiende a la idea de bien jurídico y a la idoneidad de la acción del sujeto para afectar al bien jurídico en la forma y medida requerida por la norma que lo protege, se alcanzan, por una parte, resultados similares a algunos a los que llega la teoría de los "Pflichtdelikte" y, por otra parte, se llega a determinar la incorrección de otros de los obtenidos con dicha teoría. Tal idea del bien jurídico puesta en relación con el deber, se presenta en dos momentos: 1o.) El deber no surge, por lo menos en cuanto a

(839) Que, de esta manera, aparece más bien como un lícito intento de resumir los resultados de tal observación en una fórmula abstracta ("delitos consistentes en la infracción de un deber") y no aquellos como derivados de una preexistente categoría.

(840) V. Giuliano ALLEGRA, "Azione del reato proprio e tipologia di azione e di autore", en S.P. 1950, pg. 392.

apreciable por el derecho penal en esta materia, sino en la medida en que al sujeto considerado le resulte accesible el ataque al bien jurídico previsto por la norma, 2o.) pero no todo incumplimiento de ese deber implica automáticamente la presencia de dicho ataque. Así, ejemplificando con la prevaricación del artículo 358 del Código penal, delito especial propio, los supuestos se plantean de la manera que lo hago en el apartado de este trabajo dedicado a la participación, obteniéndose conclusiones que ratifican lo que aquí mantengo.

C) No faltan, sin embargo, en Alemania, autorizadas opiniones contrarias a la caracterización de los "delitos de cargo" como infracciones del deber del cargo (841).

a) Ahora bien, debe advertirse que esta contraposición no implica necesariamente, como quizá pudiera pensarse, una toma de postura respecto al pensamiento de los autores de la corriente doctrinal a la que ahora aludo, totalmente opuesta a la que ha adoptado frente a los mantenedores de la tesis de la infracción del deber (842).

También hay que tener presente, que en la construcción teórica de muchos autores alemanes que caracterizan los "delitos de cargo" como "infracciones del deber del cargo", existe la distinción entre incumplimiento de un deber cuyo alcance se limita a la alteración de la especial relación que une al ostentador del cargo (funcionario) con el Estado (lo que implica la comisión de un ilícito disciplinario), y quebrantamiento de un deber que afecta al "orden general" (lo que implica un ilícito penal, un "delito de cargo"). Así, por ejemplo, expresamen

(841) Ya me he referido a varias de ellas.

(842) Como lo prueba la referencia que antes he hecho a la doctrina alemana que indica al Estado como objeto último de protección estos delitos.

te KOHLER: "Delitos de cargo son las lesiones de deberes que ligan al funcionario con el Estado en virtud de su cargo y que no residen en la esfera de la disciplina, sino que implican un ataque esencial a los intereses generales" (843). El argumento, que es antiguo (844) y que admite múltiples matizaciones y algunas variantes (845), se recoge en esencia, por gran parte de la doctrina alemana al tratar de la diferencia entre ilícito penal e ilícito disciplinario (corriente "cualitativista") y es el esgrimido, fundamentalmente, por la doctrina administrativista dominante al versar sobre el mismo tema y, aún, por el Tribunal Constitucional en dos sentencias de 2-V-1967 (846). Sobre todo ello tomaré postura más adelante. Quede aquí constancia, sin embargo, respecto al concreto punto de la relación ilícito disciplinario de funcionarios - "delitos de funcionarios", y su repercusión en punto al tema del bien jurídico que así se apunta, de que, como se vé en la reproducida opinión de KOHLER, la vaguedad del bien jurídico aludido a través de formulaciones como la de "intereses generales.", está reñida con la determinación del mismo y, en consecuencia, con toda posibilidad de utilización

-
- (843) "Leitfaden des Deutschen Strafrechts", Leipzig, A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung, 1912, pg. 158.
- (844) V. por ejemplo: TEMME, "Lehrbuch...", cit., pg. 383; Hugo HÄLSCHNER, "Das gemeine deutsche Strafrecht", zweiter Bd., 2a. Aufl., Bonn, Verlag von Adolph Marcus, 1887, pgs. 1.017-1025), quien pretende así, evitar el "bis in idem", negando no el "bis" sino el "idem".
- (845) V., por ejemplo, las opiniones a que me refiero in mediatamente de WACKER, FITTERER y MUSIELAK.
- (846) V., NJW, 1967, pgs. 1651 y ss., y JZ, 1967, pgs. 666 y ss.

transcendente a la práctica cotidiana. El propio autor acabado de citar viene implícitamente a reconocerlo cuando, a lo anteriormente dicho, añade: "La diferencia entre delito disciplinario y delito de cargo no es absoluta, si no que según las circunstancias y forma de considerarla, puede tratarse de éste o de otro modo" (847).

Por último, hay que tener también en cuenta el juego más limitado de la idea de la infracción del deber en el pensamiento de algunos autores igualmente alemanes, en cuanto, siguiendo la terminología de WAGNER, elemento de

(847) ob. ypg. cit. En este sentido de inaprehensibilidad del bien jurídico, se desenvuelve la línea de pensamiento de LISZT-SCHMIDT, quienes partiendo de señalar que los "delitos de cargo son las infracciones conminadas con una pena pública (y no meramente disciplinaria) de un deber del cargo fundamentado en el empleo", los diferencian de los ilícitos disciplinarios de la siguiente manera: "La razón por la que no basta la sanción disciplinaria reside en el hecho de que a través de la lesión del deber del cargo se lesiona o pone en peligro o tro bien jurídico, sea éste individual o colectivo" ("Lehrbuch des Deutschen Strafrechts", Besonderer Teil, 25a. Aufl., Berlin und Leipzig. Walter de Gruyter & Co., 1927, pg. 815). Lo que STORTONI entiende como que así el autor "evidencia el perfil de la lesión de derechos individuales" ("L'abuso di potere...", cit., pg. 8, n. 6), pero que, sobre no reducirse a eso, también cabe entender de otras varias formas (por ejemplo, una limitada referencia a los impropios delitos de funcionarios, o, eventualmente, a alguno de los propios, respecto al bien jurídico "común" -en el sentido de protegido también por delitos no especiales- libertad, honor, propiedad, etc....).

"clarificación de la esencia de los delitos de cargo"
(848).

Hechas estas advertencias, se puede entrar en el estudio de las opiniones contrarias a la caracterización de los "delitos de cargo" como infracciones del deber de cargo.

b) Entre ellas destaca, por lo anterior en el tiempo y re

-
- (848) "Amtsverbrechen", cit. pgs. 73 y ss. Aquí encuadra este autor el pensamiento de OTTO (quien parte de la idea de que el injusto de los "Amtsverbrechen" reside tanto en la lesión del deber como en la lesión del bien jurídico, pero indicando que el especial injusto de estos delitos está fundamentado únicamente en la situación especial personal creada por el deber del funcionario), al que WAGNER reprocha no analizar suficientemente su postura (ob.cit. pgs. 73-74); MAIHOFER (quien, hablando no de la especialidad del injusto en los "Amtsverbrechen", sino de la teoría del injusto en general, señala que en su opinión está construido por elementos reales de la acción y personales del autor) (ob. cit. pgs. 74-75); HARDWIG, (para quien en los "Amtsverbrechen" no cuenta primordialmente el impersonal-objetivo contenido del injusto, sino más bien el acento recae sobre el contenido personal del injusto, al que pertenecen las cualidades jurídicas y sociales del autor, especialmente su relación de deberes; basándose el alto desvalor de los "Amtsverbrechen" en la lesión de un especial y elevado deber) al que WAGNER critica el no señalar qué contenido posee ese deber (ob. cit. pgs. 75-76); SCHMIDHÄUSER (para quien en los "Amtsverbrechen", junto a la básica lesión del bien jurídico, desempeña un rol la lesión del deber, concretamente, la lesión del especial deber del cargo; a la que considera como "especial característica del injusto", siendo el contenido de este deber especial el de no abusar del cargo estatal; igualmente mantiene que el "extraneus" que participa en un delito especial es impune por no corresponderle ese especial deber), al que WAGNER reprocha, por un lado, que deja abierta la cuestión de si todos los "Amtsverbrechen" pueden entenderse de la manera que señala y, por otro, que no sólo no aclara el contenido del de-

ferencial respecto a los apoyos y contradicciones posteriores, la de OPPENHEIM (849).

El pensamiento de este autor sobre esta cuestión pue
de resumirse de la siguiente manera:

Parte de considerar la doctrina dominante sobre el bien jurídico en los "delitos de cargo" (850), y mantiene que lo fundamentalmente característico de ella es la no distinción esencial entre delitos de cargo e infracciones disciplinarias: los primeros son una clase de las segundas, pero castigados con una pena pública (851).

Contra esta caracterización de los delitos de cargo como infracciones disciplinarias y, por consiguiente, como delitos cuyo objeto jurídico es el deber del cargo, utiliza los siguientes argumentos:

10.) Que hay delitos de cargo en el StGB que no son equiparables a infracciones disciplinarias: su sujeto activo no es ni un funcionario ni una persona que, aún sin serlo, desempeña duraderamente un cargo, únicos sobre los que pesa un deber del cargo y, por tanto, la posibilidad de lesionarlo, sino que son personas que desempeñan un cometido público que se agota con su práctica, que por su naturaleza sólo puede ser desempeñado momentáneamente, so-

... ber especial, sino que tampoco despeja la relación entre bien jurídico y deber (ob. cit., pgs. 76-78), y SCHRÖDER (cuyo pensamiento y crítica de WAGNER ya he señalado).

(849) "Die Rechtsbeugungsverbrechen...", cit. V., sobre la importante opinión de NAGLER a este respecto (que no me ha sido posible consultar directamente): WAGNER, "Amtsverbrechen", cit., pgs. 29 y 30, y PIOTET, "La participation aux délits speciaux en doctrine générale et en droit pénal suisse", Montreux, Imprimerie Gauguin & Laubscher S.A., 1950, pgs. 127 y ss.).

bre las que faltan los requisitos necesarios para que actúe el derecho disciplinario (852).

2o.) La lesión del deber del cargo puede graduarse cuantitativamente, según la gravedad, pero no puede establecerse una diferencia conceptual entre dos lesiones del deber del cargo. Por ello, si tal deber del cargo fuese realmente el objeto de los delitos de cargo, los delitos propios de cargo se estructurarían todos como especies de una sola categoría delictual, estarían ligados al delito de lesión del deber del cargo (853).

3o.) En ninguno de los tipos de cargo se señala el deber del cargo como objeto jurídico. Ello hace que, pese a que el legislador pretendiera proteger con ellos tal deber, un intérprete que desconozca tal pretensión y la opinión de la doctrina mayoritaria, nunca determinaría el deber del cargo como objeto jurídico de esos tipos (854).

4o.) La identificación de delitos de cargo y disciplinarios se basa en la estimación del derecho disciplinario como una parte del derecho penal público, tesis ésta

(850) Es decir, la que mantiene que los delitos de cargo "son aquellas lesiones del deber del cargo que, en virtud de una especial consideración del legislador, están castigadas con una pena pública, frente a aquellas otras lesiones del deber del cargo que aparecen como meros delitos disciplinarios" (ob. cit. pgs. 1-2).

(851) ob. cit., pg. 2.

(852) ob. cit., pg. 5.

(853) ob. cit., pg. 6; OPPENHEIM añade que en el caso de que contuviese otros caracteres típicos distintos de la lesión del deber del cargo, habría que pensar que se trata de un delito de cargo de los llamados impropios.

(854) ob. cit., pg. 13.

que debe rechazarse, manteniéndose, en cambio, que ambos derechos pueden y deben diferenciarse (855), y ello en razón del sujeto, de la protección por el derecho penal público de bienes jurídicos, del mayor arbitrio con el que opera el derecho disciplinario... En consecuencia, también puede establecerse una diferencia entre delitos de cargo y delitos disciplinarios, basada en que los primeros siempre tienen que proteger un bien jurídico, mientras que los segundos protegen el deber del cargo, deber que nunca puede alcanzar la categoría de bien jurídico (856). ¿Cuál es entonces el objeto jurídico de los delitos de cargo? Aquellos bienes jurídicos que solamente pueden ser lesionados o puestos en peligro por ostentadores de un cargo; cuando el delito, perpetrado por un funcionario, no ataca uno de estos bienes jurídicos característicos sino uno común, no es delito de cargo sino delito común agravado por la cualidad personal del sujeto activo (857).

Los caracteres generales de los delitos de cargo son, según OPPENHEIM, dos fundamentalmente: 1o.) Que puede y debe aceptarse la teoría dominante que distingue entre "delitos de cargo comunes y especiales" (858) y 2o.) Que los bienes jurídicos atacados por ellos no son individuales, "sino de la colectividad del Estado", por lo que los delitos de cargo deben clasificarse entre los delitos contra el Estado (859).

Por último, el autor advierte que, sin que ello destruya la diferenciación establecida entre delito de car-

(855) ob. cit., pgs. 14-15.

(856) ob. cit., pgs. 16-17.

(857) ob. cit., pgs. 17-18.

(858) ob. cit., pgs. 21-22.

(859) ob. cit., pg. 22.

go, a más de lesionar o poner en peligro un bien jurídico, se lesiona el deber del cargo, ésto es, se comete una infracción disciplinaria, distinta del delito de cargo y que concurre con él (860).

c) De una u otra manera, aquellos autores alemanes posteriores a OPPENHEIM que también rechazan la idea de que los delitos de cargo se limitan a proteger el deber del cargo, recogerán alguno de los argumentos empleados por éste para negar la validez a esa tesis.

Así, BINDING, quien utiliza el argumento de que "si el deber del cargo fuese también el único o al menos el principal objeto de ataque de los delitos de funcionarios ... se daría un único delito de función que revestiría distintas graduaciones cuantitativas, ya que todos se determinan sobre un mismo objeto de ataque, y un mismo objeto de ataque hace iguales a los delitos" (861), además de que "... los delitos de función son más antiguos que toda la teoría de la relación de servicio y de la lesión del deber del cargo" (862). Para BINDING, la razón de la punición de estos delitos "hay que encontrarla en su actuación delictiva hacia el exterior y no en la relación interna entre el funcionario y su superior" (863); en los delitos de función "hay una rebelión local del poder del Estado contra éste en su totalidad. El órgano ha necesitado al Estado para realizar el injusto... En esta aplicación del poder estatal, por parte de su órgano dentro de su condi-

(860) ob. cit., pgs. 22 i.f.-23.

(861) "Das Amtsverbrechen..." cit., pg. 7.

(862) ob. cit., pg. 7.

(863) ob. cit., pg. 8.

ción, a actos en contra del derecho, habrá que descubrir la esencia de los delitos de función" (864). En suma, según BINDING, lo que caracteriza a estos delitos es un abuso de poder que revierte, en primer término, en perjuicio del destinatario de la actuación administrativa abusiva y no de la Administración misma, y, en segundo término, en perjuicio del Estado cuyo poder, fiduciariamente depositado en el funcionario, ha sido mal utilizado por éste" (865).

WACKER (866) distingue el deber de servicio del deber del cargo (867); mientras "este último es un deber legal frente a la comunidad" y "la pena criminal sirve para reparar la lesión de los intereses de la comunidad", "la pena disciplinaria sirve para reparar la lesión del deber de servicio (868). Los delitos de cargo del capítulo 28 del StGB tienen todos en común el proteger "el bien jurídico del deber del cargo... Sin embargo, no es éste el único bien jurídico que la ley quiere proteger en el capítulo 28", en cada uno de los delitos que la componen habremos de determinar, además, otro y más característico y concreto bien jurídico protegido, que permite singularizar los tipos unos de otros (869).

Para FITTERER, "todo delito de función contiene también

(864) ob. cit., pg. 10.

(865) Cfr. pgs. 8,10,11 y 13 de la ob. cit., los rasgos más salientes sobre el particular del trabajo de BINDING, algunos de los cuales he recogido en el texto. Sobre la opinión de este autor v. WAGNER, "Amtsverbrechen" cit., pgs. 31 y ss.

(866) "Die Rechtsbeugung..." cit.

(867) ob. cit., pg. 11.

(868) ob. cit., pg. 12.

(869) Ob. cit., pg. 13; en concreto, p. ej., con la

bién una acción, contraria a deber, en contra del superior jerárquico. Esta lesión del deber se refiere, en el sentido de contravención del servicio, únicamente a la relación interna entre el director del servicio y el obligado al mismo, y, por ello, pertenece a la esfera del derecho disciplinario o -en el caso de que no se trate de un funcionario en el sentido del derecho estatal- a la del derecho civil. Examinando la jurisprudencia se menciona bastante a menudo la "lesión del deber" como especial fundamento de la medida de la pena; sin embargo, en mi opinión, ésto no pertenece al juicio penal, o sólo en tanto en cuanto puede ser un índice para la medida de la ruptura de la confianza. No hay ninguna razón para contemplar como causa de agravación de la pena la lesión de una relación de servicio, únicamente en base a que el Estado es eventualmente el patrón. La lesión del deber de servicio, especialmente conformada, del funcionario en sentido estatal, encuentra su reacción en el derecho y disciplinario; el empleado y el trabajador estatal están bajo un especial deber de fidelidad, pero no bajo un especial deber de servicio" (870). Este autor entiende que "todo delito de cargo origina una falta en la función por parte de una autoridad, pone en peligro la ordenada y legal realización de la tarea estatal y perjudica de esta manera al Estado (o a una corporación)"; si se perjudica al Estado, con ello se perjudica a los ciudadanos; materialmente, en

... "Rechtsbeugung" "se protege, en primer lugar, el deber del cargo y, en segundo lugar, la administración de justicia" (ob. cit., pg. 13), "la legalidad de la administración de justicia" (ob. cit., pg. 46).

(870) "Ercheinungsformen...", cit., pg. 90.

cuanto contribuyentes; idealmente por la puesta en peligro de los asuntos encomendados a tales autoridades delincuentes. Cuando el delito de cargo recae directamente sobre bienes jurídicos individuales, que pertenecen a todos o a gran número de ciudadanos, ésto implica un efecto de retorno sobre el Estado que, así, resulta también, mediatamente, perjudicado. Además, los delitos de cargo suponen un ataque, en el sentido de ruptura, a la confianza de los ciudadanos en el buen funcionamiento de las instituciones dedicadas al servicio de la sociedad (871).

STOCK (872), mantiene que "mientras los Amtsverbrechen, pasando por encima de la interrelación entre el Estado y el funcionario, dirigen su ataque hacia afuera y a través de ellos, por lo menos mediatamente, se produce una puesta en peligro de lo público, de la sociedad, en cambio, la efectividad de las contravenciones del servicio, en la inmensa mayoría de los casos, se agota en un perjuicio causado al superior jerárquico por el incumplimiento de la pretensión pública de cumplimiento del deber, es decir, por la lesión del deber del cargo. La lesión o puesta en peligro de la esfera de derechos de un tercero (persona privada) o del público en su generalidad, no pertenece a la esencia de las contravenciones del servicio" (873). Subraya especialmente que "la lesión de la subjetiva pretensión del superior jerárquico, basada en la relación funcional, de que el funcionario cumpla con su deber, que siempre es esencial a la contravención del servicio, no es un requisito necesario para los "Amtsverbrechen" (874).

(871) Ob. cit. pgs. 89-90.

(872) V. más atrás, otra expresión del pensamiento de este autor complementaria de la que ahora expongo.

(873) "Entwicklung...", cit., pgs. 52-53.

(874) ob. cit. pg. 53.

MUSIELAK, opina que "el capítulo XXVIII contiene... únicamente aquellos delitos que se refieren a las lesiones del deber del funcionario en relación con terceros, mientras que las lesiones del deber que los funcionarios cometen en relación con el Estado, deben ser dejadas fundamentalmente al derecho disciplinario" (875).

9. La conexión entre el Derecho penal totalitario y el "deber del cargo" como objeto jurídico de los "delitos de funcionarios".

Cuando respecto del bien jurídico se dice de un delito, o grupo de delitos, que su contenido de ataque a aquel consiste en la infracción de un deber, del deber del cargo en el caso en estudio, conviene recordar las palabras de BETTIOL refiriéndose al derecho penal autoritario: "Según la nueva doctrina... en el delito, ya no existe la lesión de un bien jurídico que entra en consideración como factor decisivo a los fines de determinar la antijuridicidad del hecho, sino la violación de un deber hacia el Estado. De todo esto deriva que ya no hay lugar en la estructura del delito para el elemento de la antijuridicidad, o, mejor, para una antijuridicidad objetiva como expresión de la lesión de un interés protegido, porque la antijuridicidad resulta absorbida por el elemento de la culpabilidad considerada como violación de una obligación impuesta por una norma de ley" (876).

(875) Hans Joachim MUSIELAK, "Die Rechtsbeugung (§ 336 StGB)", Inaugural-Dissertation, Köln, 1960, pg. 6.

(876) "Bene giuridico...", cit., pgs. 320-321. V. también, del mismo autor: "L'odierno problema...", cit., passim.

Tiene interés traer aquí la citada opinión precisamente por las características del trabajo en que va incluida: forma parte de un artículo, "Bene giuridico e reato", que, aunque aquí cito de su inclusión en los "Scritti Giuridici" de 1966, fué publicado por primera vez en la "Rivista italiana de diritto penale" de 1938; en él, como ha dicho STORTONI, plantea el autor "el problema de si el bien jurídico está todavía en armonía con las exigencias de un derecho penal autoritario" (877), y su contexto hace buena la apreciación de que en este escrito BETTIOL, como también ANTOLISEI en otros suyos (878), "si bien señalan un retorno de la ciencia penal a los temas de fondo del derecho penal en antítesis al precedente modo de los técnicos-jurídicos, no se colocan en antítesis con los contenidos del Estado totalitario y liberticida, sino que, al contrario, están dirigidos a demostrar la conciliabilidad del concepto de bien jurídico con el orden autoritario del Estado mismo al que más o menos explícitamente aplauden" (879). Conceptos de bien jurídico y Estado autoritario que, sin embargo, ni aún con esta pretensión, como se ha visto, pueden armonizarse. A no ser, claro está, con un concepto "absolutizado" (por decirlo con la afortunada expresión de BARATTA (880) de bien jurídico, como hicieron los autores y la jurisprudencia del nacionalsocialismo (881). Dentro del derecho totalitario, el vacío (882) de

(877) "L'abuso di potere...", cit., pg. 99, n. 127.

(878) V., Francesco ANTOLISEI, "Il problema del bene giuridico", en "RIDP", 1939, pgs. 3-36.

(879) STORTONI, ob. cit., pg. 99; el subrayado en el original.

(880) "Positivismo giuridico...", cit., pg. 73, n. 77 de la pg. 72. V. una distinta posibilidad de utilizar la "pluriofensividad" de un delito en Lauretta DURIGATO, "Uno studio di diritto penale socialista", Padova, Edizioni CEDAM, 1976, pg. 63, n. 26.

jado por el bien jurídico (proveniente del "vaciamiento" de su concepto) lo ocupará el deber, deber de fidelidad, deber hacia el Estado, que en los "delitos de funcionarios" admitirá una fácil concreción (que también tiene origen anterior al totalitarismo: una herencia hábilmente utilizada y adoptada por éste (883), en el "deber del cargo" del funcionario hacia el Estado.

Significativamente, en relación con lo advertido respecto a este autor, dice BETTIOL en otro lugar: "Es preciso guardarse de entender que tal concepto (el de bien jurídico) es superfluo y, por tanto, a eliminar, cual pretendido fruto de una mentalidad liberal y como tal en contraste con los nuevos ideales políticos, para sustituir dentro del ámbito de la noción del delito al extremo de la lesión del bien jurídico exclusivamente el de la violación de un deber. A tanto se llegaría cuando se quisiese considerar objeto jurídico de los delitos propios la violación de un deber del cargo que, todo lo más, podrá (por lo que al delito respecta) ser tomado en consideración para determinar si el comportamiento del sujeto activo ha sido un comportamiento culpable. Pero la antijuridicidad, incluso en el delito propio vendrá siempre dada por la lesión de un in-

(881) BARATTA; ob. cit., pgs. 67 y ss., especialmente pgs. 73-74.

(882) Pues un concepto de bien jurídico como el, ya aludido, empleado por este "derecho", no ofrece realmente contenido de bien jurídico, sino que, por el contrario (cumpliendo exactamente la función opuesta a la que se asigna a esta categoría) abre todas las posibilidades de aplicación arbitraria de las normas incriminadoras; el bien jurídico, en suma, había desaparecido: he aquí por que, en definitiva, la afirmación de que en esa etapa no existía bien jurídico es cierta (lo que ya no es cierto es que en la precedente apareciera con los caracteres que hoy se le asignan).

terés que forma el objeto específico del delito, aún si en ciertos casos tal interés puede parecer de difícil individualización" (884).

.. Es por todo lo anterior por lo que en esta materia debe tenerse constantemente bien presente, que la opinión según la cual "el abandono de la relación delito-ofensa de un bien jurídico es el rasgo característico del tránsito al derecho penal autoritario" desde el derecho penal liberal, peca de excesivamente simplista (885).

De igual modo, me parece necesario no olvidar en momento alguno, que las categorías con que opera el Derecho son funcionales y relativas; desde esta perspectiva, no vale sólo con mantener "la convicción, sólidamente enraizada en nuestra cultura jurídico-penal, que ve en el bien jurídico un eficaz instrumento de garantía del ciudadano en relación al instrumento penal", puesto que "la experiencia histórica... parece demostrarnos que el ligamen del tipo al bien jurídico protegido no tiene de por sí aquel poder y que si una potencialidad de garantía está representada por el bien jurídico, ésta viene condicionada

(883) Como, paralelamente, también es previo a esa ideología el "vaciamiento" del concepto de bien jurídico: v. BARATTA, ob. cit. pgs. 68-72; STORTONI, ob. cit. pg. 98, en la crítica a Rocco (V. una crítica a la doctrina del "objeto específico" en: Cesare PEDRAZZI, "Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio", Milano, Giuffrè, 1955, pgs. 10 y 12, y en ANTOLISEI, "Manuale...", Parte Speciale, cit., vol. I, pgs. 13-17).

(884) "Sul reato proprio", en "Scritti Giuridici" cit., T. I. pg. 430 (procede del trabajo del mismo título publicado en Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1939). Igualmente significativo es que BETTIOL se adscriba a la criticable doctrina del objeto específico de Rocco.

(885) Como señala BARATTA (ob. cit. pgs. 67-68; v. tam-

por ulteriores y diversos factores" (826). Y así, por ejemplo, la determinación del bien jurídico sobre un singular tipo, no puede dejar de ser afrontada "sin implicar un razonamiento sobre la legitimidad de la opción política del legislador" (887).

10. Conclusiones generales del apartado IV.

Primera. Frente al planteamiento de la función pública que implica un concepto omnicomprensivo de esta, que difumina, en beneficio de la unicidad, las diferencias entre las actividades legislativa, judicial y administrativa, se impone un estudio que determine la distinción de cada una de ellas respecto a las otras, a través del señalamiento de los "valores carinales" de cada una o específicas cualidades que deben acompañar su ejercicio.

Segunda. El concepto de la Administración como función debe sustituirse por el de Administración - persona, mejor adaptado a un planteamiento democrático y expresivo

... bién: MIR, "Introducción...", cit., pg. 131) y posteriormente demuestra (ob. cit. pgs. 68 y ss.), basándose, en buena parte, en el análisis de Peter SINA ("Die Dogmengeschichte des Strafrechtlichen Begriffes "Rechtsgut", Basel, Helbig & Lichttenhahan, 1962).

(886) STORTONI, ob. cit., pg. 97.

(887) Autor y obra últimamente citados, pg. 98. Sobre el cumplimiento por el bien jurídico de una función de "límite al legislador" y el desarrollo seguido hasta llegar a reclamarla, v. MIR, "Introducción...", cit., pgs. 128 y ss.

del carácter de la Administración de organización puesta al servicio de la sociedad. Ello no significa, sin embargo, que la idea de Administración-persona deba aceptarse como algo definitivo, sino, al contrario, como concepto-medio destinado a desaparecer y a dar lugar a nuevos conceptos todavía mejor adaptados a los planteamientos democráticos.

Tercera. La adopción por el pensamiento y legislación penales de la idea de Administración-función, provoca:

A) En última instancia, la indistinción real de la protección penal del Estado y de la actividad administrativa.

B) Los intentos estériles de determinación del contenido de la actividad de administrar, producto de los cuales es, entre otros, la llamada "fórmula negativa" que, en sede penal, implica la indistinción en cuanto al objeto de protección no ya solo respecto a los delitos contra el Estado, sino respecto a todos aquellos en los que se detecta la presencia de los llamados "intereses de carácter público".

Cuarta. El acogimiento por la doctrina y legislación penales de uno u otro concepto de Administración (función o persona), supone diferentes tomas de postura política; si lo que se acepta es la idea de Administración-función, ello implica un planteamiento totalitario, manifiesto en los códigos penales que abiertamente responden, en general, a éste carácter, pero que, si bien rebajado en algunos aspectos, también se inserta en los que suelen considerarse códigos penales liberales. Lo anterior se comprueba en el C.p. italiano de 1930 en relación al de 1889 y en los Códigos penales españoles de 1928 respecto al de

1870, de 1932 respecto al de 1928 y de 1944 respecto al de 1932. Una propuesta superadora de tales planteamientos quizá podría ser la creación de un Tít. de "delitos contra las actividades legislativa, judicial y administrativa" que, en Caps. separados, recoja, respectivamente, los delitos que afecten a intereses relacionados con cada una de ellas y, en un cuarto y último Cap., a aquellas cualidades que todas deben poseer al ser ejercitadas.

Quinta. La protección penal de la Administración-función, parte del acogimiento de la idea de Estado transpersonal presente en los Códigos modernos e indicadora de que la pretendida autonomía, que se intentara en la codificación, respecto a los antiguos delitos de "lesa majestad", no es real y las bases que la fundamentaban deben ser en algunos aspectos desarrolladas y en otras modificadas, para lograr una distinción verdadera.

Sexta. La doctrina italiana mayoritaria sobre el objeto de protección de los "delitos contra la administración pública", sustenta un concepto unitario de función pública (que llama, siguiendo al C.p., "administración pública"); procede sintéticamente en la búsqueda de un bien jurídico común a todos esos delitos; como derivación, produce fórmulas vagas y genéricas de tal objeto de protección, que, sobre la indeterminación del bien jurídico que ello apareja, hace aparecer a todos los "delitos contra la administración pública" como delitos de peligro y mantiene una configuración de tales delitos en torno a la violación de los deberes de fidelidad, lealtad o servicio de los funcionarios respecto al Estado, que en gran medida reproduce la concepción romana de la "maiestas". Todo lo anterior no implica, sin embargo, que la idea de protección de las actividades legislativa, judicial y administrativa, no pueda emplearse como "criterio de agrupación", si bien con internas diferenciaciones y sin implicar la

existencia de un bien jurídico general y común ("interés de la categoría") a todas las normas así agrupadas.

Séptima. A la doctrina española dominante pueden hacerse extensivas las consideraciones efectuadas respecto a la doctrina italiana mayoritaria, si bien acentuando especialmente las críticas que merece la teoría del deber del cargo.

Octava. En el presente trabajo, aunque no se rechaza, tampoco se sigue para el estudio del objeto de protección en los delitos de funcionarios, la perspectiva del abuso de poder, tanto por conducir a resultados faltos de concreción, cuanto por implicar reconocimiento de una insatisfactoria situación de hecho, que debe ser objeto de mayor crítica y modificación desde otros ámbitos de la vida social que el correspondiente al Derecho penal.

Novena. La doctrina alemana dominante sobre el bien jurídico en los "delitos de cargo", se basa fundamentalmente en la consideración exclusiva de estos como infracciones del deber del cargo, lo que, en el desarrollo que propone, implica una visión estatalista y autoritaria de las normas que los contienen. Entre las distintas posturas minoritarias, resalta especialmente aquellas que, siguiendo las opiniones de OPPENHEIM, rechazan el deber del cargo como bien jurídico en los "delitos de cargo", si bien puede observarse también en la mayor parte de ellas una marcada tendencia estatalista en la consideración de tales delitos.

Décima. La teoría del deber del cargo, ofrece una clara impronta de concepción totalitaria del delito, tanto por el carácter fundamentalmente subjetivo del deber que se destaca como único contenido de la antijuridicidad de los "delitos de funcionarios", como porque expre-

sa ideas de infidelidad o deslealtad hacia el Estado e in
dignificación de este, cuanto, por último, porque supone
una completa desvirtuación del concepto de bien jurídico
y de su función limitadora.

V.- CRITICA A LA CONCEPCION DEL "DEBER DEL CARGO" COMO BIEN JURIDICO EN LOS "DELITOS DE FUNCIONARIOS".

1.- Planteamiento.-

Como acabo de afirmar, no basta con indicar la necesidad de vincular los tipos penales a un bien jurídico, sino que es preciso demostrar la falta de legitimidad del razonamiento que ha llevado al legislador y/o a la doctrina a una opción sobre el objeto de protección de ciertos tipos en la que, en ocasiones, frente a su pretensión, no se encuentra un auténtico contenido de antijuridicidad. Puesto que bien podría suceder (como de hecho sucedió en el "Derecho Penal" nacional socialista) que partiendo de rechazar, en cuanto conquista liberal, la categoría del bien jurídico, se acabara por acogerla (mejor, "atraerla") como tal categoría formal, pero con contenido y función bien distintos de los que debe reunir. Con lo que se crea la apariencia de que existe esa vinculación antes reclamada, siendo así que la vaguedad o genericidad, la demesurada amplitud o el automatismo en la conculcación, del contenido de ese pretendido bien jurídico, impide que cumpla toda función limitadora, que es la tarea que, fundamentalmente, tiene encomendada.

Estas no son cuestiones de hoy, sino que hunden sus raíces en las mas logradas teorizaciones sobre el bien jurídico de hace mucho tiempo: si, sobre los terminos de la reciente obra de STORTONI, he señalado hace un momento la necesidad de razonar, al determinar el bien jurídico sobre un singular tipo, la legitimidad "de la opción política del legislador", ya han transcurrido noventa años desde que LISZT escribiera que al entender el bien jurídico como un "concepto limite", con ello se "debe subrayar fuertemente la interna conexión entre la ciencia jurídica y la política, la constante necesidad de apoyo y enriquecimiento mu-

tuos; debe poner en guardia frente a un tratamiento puramente formalístico del derecho, es decir, exclusivamente lógico-jurídico" (888).

Desde este punto de vista, resulta imprescindible continuar investigando sobre la postura que ha llevado a determinar como "bien jurídico" de los "delitos de funcionarios" el "deber del cargo", demostrar la invalidez jurídico-política de este discurso y verificar la certeza de las connotaciones que antes he advertido en él.

2.- Los posibles reparos a la conexión entre la concepción totalitaria del delito y el pensamiento del "deber del cargo" como objeto jurídico de los "delitos de funcionarios".

A) Por otra, parte, en relación a esto último, frente a la afirmación de la presencia de una base totalitaria, de un ligamen con el pensamiento totalitario del delito, en la postura que configura unicamente, o , por lo menos, principalmente, los "delitos de funcionarios" en torno a la infracción del deber del cargo, ciertamente puede objetarse que aquella construcción se refiere a una concepción general del delito y no a los concretos delitos de que aquí se trata; alude a un deber de todos los ciudadanos para con el Estado y no al específico "deber del cargo".

Pero, adviértase cuán fácilmente confluyen ambos "deberes" (porque, en realidad, están tan conectados que se funden) en una misma categoría, a través de la siguiente reflexión de BETTIOL, cuando trata de los "delitos de cargo" de la especial categoría de funciona-

(888) "Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Enzyklopädie des Rechtswissenschaft, en ZStW, Bd. 8, 1.888, pag. 139.

rios que son los militares: "pero (se afirma) en el derecho penal militar prevalece sobre cualquier otra categoría la del deber, que es categoría subjetiva porque se sustancia en una particular llamada a la voluntad y al sentido de responsabilidad del militar. La objeción parece tener un grave peso, en especial pensando en la importancia que la categoría del deber ha tenido en el ámbito de un derecho penal totalitario, -- cuando se ha visto al delito como la violación de un deber y no como lesión de un interés. Pero, no es en este sentido en el que (en nuestra opinión) la categoría jurídica del deber entra hoy en la dogmática del derecho penal militar. Que en este sector tenga una importancia más acentuada de la que tiene en el sector común, es obvio. Los deberes militares son más precisos, más marcados, más numerosos, que los del ciudadano que no pertenece a las fuerzas armadas, pero ello no significa que tengan que cambiar la naturaleza y la orientación del delito. Los delitos omisivos propios y los delitos omisivos espureos, serán aquí más numerosos que en otro lugar, pero la noción del delito no - cambia sustancialmente. El deber no es una categoría abstracta y arida, sino que está siempre en función de la tutela de un determinado interés, que constituye el contenido o la materia de la situación en relación a la que el legislador expresa la norma. Esta es la objeción fundamental que se hizo en su tiempo contra quienes querían anclar la noción de delito en la categoría del deber, dejando de lado la de interés. Pero las dos nociones son correlativas: en tanto se mani-fiesta un deber de actuar en cuanto se es consciente de que a través de la omisión de la acción ordenada se lesionaría o pondría en peligro un interés jurídicamente relevante. El deber está siempre en función

de la tutela de un interés particular..." (889).

B) Ciertamente es también que antes de que se manifestara, explícita y puramente, dicha concepción del delito, e, igualmente, tras su "liquidación", los códigos mantenían y siguen manteniendo los tipos de los "delitos de cargo" en términos prácticamente idénticos a los empleados bajo su vigencia. Lo que no solo parece refutar la connotación advertida, sino, incluso, que pudiera estimarse como contraria (de ataque) o, siquiera, peryorativa, respecto de opinión que establece que tales tipos suponen una infracción del deber del cargo como contenido de la antijuridicidad.

Hay, sin embargo, una razón elemental (pero de fondo) que explica que en esta materia, como en la mayoría de los demás delitos inmediatamente conectados con el Estado-objeto de protección penal, se mantengan esquemas de corte totalitario: al fin y al cabo el Estado ha sido el sustituto del monarca absoluto (soberano), la soberanía lejos de residir en el pueblo, como manifiestan las en este punto muertas letras de las leyes constitucionales, la detenta el Estado, y no se olvide, como ya he resaltado antes sobre la exposición de TAGLIARINI, que ya el concepto romano de "majestas" se identifica con el de "soberanía" y que la "potestas" y la "dignitas", partes integrantes de la "majestas", son los conceptos "mediante los cuales son cualificados los atributos de la soberanía" (890).

(889) "L'odierno problema..." cit., pgs. 923-924; los subrayados en el original.

(890) TAGLIARINI, "Il concetto..." cit., pgs. 36-37.

Las mayores posibilidades de participación a través de los mecanismos representativos (y aun estos estarán negados en el momento de dictarse, por ejemplo, - el C.p. español de 1.944) surgidos de la "revolución burguesa", en forma alguna significan la definitiva asunción de la soberanía por el pueblo, sino, en última instancia, unos mucho más sutiles hilos de dominación que el directo sometimiento, de derecho divino, al monarca absoluto. Suscribo en esta materia la reciente opinión de ELIZALDE respecto a que "en el - tema de la decadencia de las instituciones representativas subyace, no la "ineficacia política" de éstas, sino más bien al contrario, la insatisfacción de los ciudadanos, especialmente de las clases trabajadoras, que habiendo prestado crédito a una proclamada virtualidad emancipadora de tales instituciones (e interiorizando por tanto la forma de legitimación parlamentaria asociada a un cierto tipo histórico de sistemas políticos modernos), se han encontrado, en cambio, con la tremenda eficacia de tales instituciones, no para manumitirles de la esclavitud asalariada, sino precisamente para estabilizar y perpetuar, con algunas reformas y apuntalamientos imprescindibles, -- aquellos sistemas políticos basados en la expansión imperialista y la acumulación de las plusvalías creadas por las clases desposeídas en el proceso de concentración capitalista..." (891).

En suma, que no pueden extrañar las construcciones teóricas (y he aquí la última "ratio" de esa coexistencia aparentemente paradójica de liberalismo y tota

(891) "Las funciones de representación..." cit., pg. 149 V. la n. 14 que acompaña al texto reproducido: pgs. 204-206.

litarismo en los códigos penales), que ven al Estado "como una institución con vocación prepotentemente totalitaria" (892).

C) Ciertamente, por último, y concretando dentro de la función pública a la función administrativa, que tal coexistencia (concepción del delito distinta de la totalitaria con concepción de los "delitos de cargo" como infracciones del deber del cargo) parece encontrar un adecuado apoyo en la distinción, proveniente del Derecho Administrativo, entre "relaciones de supremacía general", que "son las que unen normalmente al Estado con cualquier súbdito", y "relaciones de supremacía especial", que son casos en los que "la relación que une al administrado con la Administración es mucho más intensa y especializada", supuestos en los que hay "un plus de supremacía (ó sometimiento, si se contempla la relación desde la perspectiva del administrado) que nace con un título específico", de manera que ".... el superior del funcionario.... cuenta con poderes adicionales y, a su vez,.... el funcionario...tiene obligaciones especiales" (893) , esto es, específicos deberes (deberes del cargo) que son los que resultan violados con la realización de las conductas descritas en los correspondientes tipos ; "son posiciones que no derivan del título general que relaciona al poder público y a los súbditos,

(892) Primera caracterización, según TARELLO, de la reflexión de RESCIGNO sobre la sociedad intermedia (V. "Persona, società intermedia e Stato", Separata de "Quaderni di Justizia", n°10, Roma, 1.958 y "La società intermedia", en "Il Mulino" VII, 1.958, n°75, cit. por TARELLO, "Orientamenti della magistratura..." cit., pg. 83, n. 43.

(893) GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." T.I.cit., pgs.133-134.

sino de un título especial que implica por sí sólo una supremacía también singular de la Administración por lo mismo que hace relación a su organización y funcionamiento y las facultades dispositivas sobre estos aspectos no pueden ser enajenadas por la Administración" (894).

Ahora bien, con esta postura se admitiría un fundamento idéntico para estos delitos, que el que cierta doctrina patrocina para las "sanciones disciplinarias", "justificadas por especiales relaciones de poder a las que están sometidos determinados administrados y que crea determinados deberes en relación con un servicio público" (895). Mas rigurosamente, habría que afirmar que coincide con el fundamento del total Derecho disciplinario (no solo de las sanciones de esta naturaleza), pues, como afirma NIE-TO, "en la actualidad suele admitirse, casi sin excepción, que el Derecho disciplinario se refiere a quienes se encuentran ligados al Estado por una relación especial de poder" (896), opinión que, a su entender, comparten "tanto los administrativistas como los penalistas" (897). Pero, aceptar que las sanciones disciplinarias "parten de una rela -

(894) GARCIA DE ENTERRIA, ob. cit., pg. 134 V. Ampliación de nota I.

(895) BAJO, "El Derecho penal económico. Un estudio de Derecho positivo español", en ADPCP, T. XXVI, Fasc. I, en-ab. 1.973, pg. 115.

(896) "Problemas capitales..." cit., pg. 64.

(897) Ob. cit., pg. 64. n. 68.

ción de supremacía especial y suponen una reacción producida en el ámbito de dicha relación", implica para GARCIA DE ENTERRIA la posibilidad de contraponerlas (y, en consecuencia, negar el "bis in idem", y acoger la posibilidad de acumulación, de "compatibilidad entre sanciones administrativas y penas judiciales" en este ámbito) a las sanciones penales, las cuales "parten de la situación de supremacía general poder público-subdito" y "presuponen, pues, una infracción del orden general y desde este mismo orden, como un restablecimiento del mismo, parte la pena represiva"(898).

Tal planteamiento no me parece en absoluto compatible: aunque volveré sobre ello más adelante, conviene advertir ya que con esta manera de razonar se aísla una parte del ordenamiento, que se toma como ordenamiento en si mismo y se contrapone a otro distinto(899), sin que, en mi opinión haya razón alguna válida para ello. Si el Derecho penal no ha incorporado el disciplinario, es por la simple razón de la caracterización del primero como derecho subsidiario; la especial relación que une al funcionario con la Administración no es ajena, por distinta, al "orden general", sino que se halla dentro de él; configurar el Derecho disciplinario en torno a esas relaciones especiales no significa ir más allá de explicar su origen; las especiales relaciones no son sino un medio para un inmediato fin: el mantenimiento de la organización administrativa, a su -

(898) "El problemas jurídico de las sanciones administrativas, en REDA,nº-10, jul.-ag. 1.976, pg. 416.

(899) El autor cit. habla de "dos ordenamientos diversos" (ob. y pg. cits.).

vez medio para el logro de un ulterior fin: que la función administrativa sea "correctamente" (por emplear un término sintético de las distintas cualidades que deben acompañarla) desarrollada por los funcionarios al servir a los ciudadanos; si esto último merece la protección del Derecho penal, lo otro (organización administrativa) merece la del derecho disciplinario, es decir, se configura también como un bien jurídico, que podrá ser atraído al ámbito penal en la medida en que, considerado socialmente necesario su mantenimiento, los medios del derecho disciplinario no sean suficientes para ello y sea preciso acudir a los (por lo menos teóricamente) más lesivos del Derecho penal. En forma alguna puede, pues, negarse sin más el "bis in idem", cuando sobre el mismo hecho concurren calificaciones y situaciones penales y disciplinarias. Solventar el problema exige un más detenido análisis que el criticado que, en última instancia, justifica una "doméstica" potestad represiva muy dudosamente admisible en un derecho tan "público" como el administrativo.

Como fácilmente se desprende de todo lo anterior, si no me parece justificable la explicación de la coexistencia de derecho penal y derecho disciplinario sobre el argumento de las dos distintas relaciones de sujeción (o supremacía), general y especial, mucho menos aceptable me tiene que parecer encontrar el fundamento de la antijuridicidad de los "delitos de funcionarios" en esa relación especial. Esto es, en resumen, lo que hacen aquellos que mantienen la opinión de que tales delitos se construyen simplemente sobre la idea de deber; lógica consecuencia de trasladar al derecho penal esta tesis (que ni siquiera en el derecho -

disciplinario parece convincente), es que tales autores detecten y señalen la absoluta igualdad "substancial" de "delitos de funcionarios" e infracciones disciplinarias de funcionarios, entre los que, se dice, no hay más diferencia que la cuantitativa. Sobre este tema volveré más adelante.

3.- "Deber del cargo" y actividad administrativa; Adminis
tración-Estado y Administración-ciudadanos; el servicio
de la Administración a la Sociedad como ámbito de la an
tijuricidad de los "delitos de funcionarios"; la fosiliza
ción del bien jurídico en beneficio del deber.

Lo que, en definitiva, parece, pues, cierto es que la base en que se asienta la construcción doctrinal totalitaria es la que realmente justifica la postura de la infracción del deber, como total contenido de la antijuridicidad (900) en los delitos de "funcionarios". Porque, en efecto, esta última postura supone una visión del funcionario también como individuo actuante solamente en interés del Estado, de la Administración; olvidando que la Administración justifica su existencia por la actividad que despliega en beneficio de los ciudadanos, de la sociedad, a la que no representa, sino que sirve (901).

(900) Según QUINTERO, "que una ley penal no establece más que un puro deber de obediencia es algo que puede afirmarse en la medida en que sea demostrable que su finalidad no es tutelar un bien jurídico, si no proteger los parciales intereses del grupo dominante" ("Represión..." cit., pg. 91).

(901) Idea de servir a la sociedad que, quizá, pueda condensarse desde el punto de vista del Derecho penal, en que esta rama del ordenamiento, por lo que a la Administración se refiere, se dirige a la "tutela de la legalidad, de la imparcialidad y del buen funcionamiento de la administración pública", como propone TAGLIARINI ("Il concetto..." cit., pg. 293) - Siempre y cuando se tenga presente que se protege penalmente esa legalidad, imparcialidad y buen funcionamiento.

Pone el acento en la relación que une al funcionario con la propia Administración, de la que nacen específicas obligaciones, deberes, que se entienden infringidos con la realización de las conductas descritas en los tipos de los "delitos de funcionarios", y no en las relaciones que unen a la Administración (de la que el funcionario es parte integrante) con los ciudadanos, relaciones que, nacidas de su actuación al servicio de estos últimos, se pueden ver afectadas por la realización por los funcionarios de tales conductas típicas; se fija en los deberes y no en la razón, en el fundamento, de que ellos existan: si el deber del cargo existe es porque la Administración precisa de una organización que pueda servir correctamente a los ciudadanos, si el funcionario infringe el deber que su cargo le impone, deber proveniente de la especial relación que la liga con la Administración, con ello altera tal relación y, como consecuencia, puede afectar negativamente a la organización en que se inserta, organización precisa -

(901)cionamiento en la medida en que su no observancia incida en la relación Administración-ciudadanos. De la misma manera que, como resalta WIETHÖLTER, la "garantía de la independencia del juez... no ha sido creada a favor del juez, sino a favor de la sociedad y del pueblo que de tal modo debe ser protegidos contra la justicia arbitraria de los soberanos absolutos. Dada su función, en una sociedad democrático-pluralista ello se legitima solamente si el juez permanece vinculado a la "ley" que nace de un proceso político" (Rudolf WIETHÖLTER, "Le formule magiche della scienza giuridica", Bari, Editori Laterza, 1975, pag. 237. V. en este sentido Günter BEMMANN, "Wie muss der Rechtsbeugungsvorsatz beschaffen sein?" cit., pg. 548, quien, al plantearse el problema del dolo eventual en la anterior redacción del § 336 StGB, señala que la independencia judicial no es algo otorgado al juez en beneficio propio, sino que existe en beneficio del ciudadano; de lo que deduce que la cuestión no es, pues, el preservar la independencia judicial a través de la impunidad del dolo eventual - como pretende una importante corriente doctrinal alemana-, sino, por el contrario, establecer si es preciso castigar tal hipótesis para preservar al ciudadano de los abusos de dicha independencia.

mente compuesta por una pluralidad de relaciones de igual naturaleza y paralelo contenido a la alterada, por perturbar su funcionamiento o desfigurar la imagen de corrección con la que a la Administración le interesa aparecer ante aquellos a quienes sirve: ciudadanos. Mas, ello no implica necesariamente que la relación Administración-ciudadanos resulte afectada: si a todo incumplimiento del deber del cargo no le sigue en todas las ocasiones una efectiva alteración de la organización administrativa (902), mucho menos le seguirá, en todas las ocasiones, una alteración de las relaciones que la Administración entabla con los administrados.

El "deber" que autenticamente es relevante para el Derecho penal en punto al bien jurídico de los tipos de "delitos de funcionarios" referidos al Administración pública, es el "deber" de esta y, por tanto, de las personas físicas que la componen (funcionarios) de servir a los que administran. Mas, esto ya no es un deber en sentido técnico, sino que se dibuja como el contenido esencial de la antijuridicidad de los tipos de referencia.

Si, pues, el "deber del cargo" que interesa realmente al Derecho penal, desde el punto de vista en que ahora se considera la cuestión, consiste en lo anterior, ello conlleva, desvirtuando así la denominación, que no

(902) Piensese, por ejemplo, que se considera falta leve en el Reglamento de Régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración Civil del Estado (D. 2088/1969, de 16 de agosto, B.O.E. n°234 de 30-IX-1969), art. 8, d), "Las faltas repetidas de puntualidad, dentro del mismo mes, sin causa justificada", y, sin embargo, un funcionario impuntual, cuyo cometido no lo relacione inmediatamente con los administrados, puede en muchos casos cumplir perfectamente con dicho cometido, sin que su no puntualidad menoscabe nada a la organización administrativa.

pueda ser considerado formalísticamente, de manera que ocasionase nuevas infracciones o quebrantamientos incorporados, por ello (en función de un abstracto deber, sobre el que no hay que parar a considerar de donde toma su fuerza, su justificación), a la ley, a título de faltas disciplinarias de los funcionarios, las más graves de las cuales son delitos (903).

(903) Volviendo otra vez la mirada hacia el ejemplo en el que con más fuerza se aprecia la presencia de "deberes": el derecho penal y disciplinario militar, nuevamente son útiles los argumentos de BETTIOL cuando a lo anteriormente reproducido añade: "Pero (se afirma todavía) son delitos de infidelidad.... por que el sobreentendido de todo delito militar es precisamente la infidelidad misma, en cuanto que el perteneciente a las fuerzas armadas debe ser siempre "fiel" al Estado, en el sentido de que todas sus acciones y todas sus actitudes espirituales deben -- orientarse como el Estado quiere... Tal planteamiento es netamente rechazable en cuanto antitético a una visión democrática del Derecho y de la organización interna de las fuerzas armadas. Si es verdad que al militar incumben obligaciones particulares a la vista de la defensa del Estado, también es verdad que la calidad de militar no puede anular o aplastar la de ciudadano que es portador de un esfera de autonomía frente al Estado". Fidelidad e infidelidad "estamos frente a términos de marcado carácter subjetivo o personal que tienen, sin embargo, una clara referencia objetiva en relación a una situación de intereses, como ha sido bien demostrado por Zuccalá".

La fidelidad proclama la obligación y la obligación el interés. Los delitos contra la fidelidad no son formas de ilícitos personalizados, sin correspondencia con el mundo social, sino que tienen un contenido (y también un bien jurídico) en relación a sus particulares formas y situaciones. La disciplina... también tal noción tiende a personalizarse ("militar disciplinado"), pero también ella, allí donde se rechaza, no está en situación de ofrecer un nuevo criterio dogmático o un nuevo criterio de orientación para la noción del delito de indisciplina que lesiona o pone en peligro la cohesión y la fuerza del ejército ¡Este es un bien jurídico que no puede ser esfumado en términos puramente subjetivos!" ("L'odierno problema..."cit.,pg.924; los subrayados en el original).

Los deberes que se dicen presentes en ambos ilícitos, existen en función de la protección de bienes jurídicamente relevantes o, dicho en forma negativa, interesan al Derecho sancionatorio en la medida en que con su incumplimiento se ataque determinados bienes jurídicos (904) :

-
- (904) La importante conclusión que se va perfilando a través de cuanto llevo dicho, es que los delitos del Título VII no existen simplemente en razón de la infracción de un deber, sino que es preciso el ataque a un bien jurídico. La admisión de que basta la infracción del deber, con ser grave, todavía guarda en algunas construcciones doctrinales la congruencia de no identificar deber con bien jurídico (así, p. ej., JASO , según se ha visto, que concibe estos delitos como infracciones de deberes pero que no admite, incluso insistiendo en ello, que estas sean "lesiones de los bienes jurídicos"). Más grave me parece, por lo que tiene de error doble y porque las consecuencias de ello deducibles no alcanzarían simplemente a los delitos de este título, sino que tendrían un valor más generalizable, la postura de quienes opinan no solo que tales delitos son simples quebrantamientos de deberes, sino que además en esto consiste precisamente la total antijuridicidad de los tipos del Título VII (por todos, V. esta opinión en MUÑOZ CONDE, antes citado, que es el último que la ha mantenido). Como señalara COBO para una materia diferente pero en este punto coinciden te, "de esta forma no se distingue dos conceptos que son utilizados de manera indiferenciada: el bien jurídico y el deber..... ambos no coinciden necesariamente. El segundo, incluso puede ser empleado como instrumento para encontrar el primero, pero desde su configuración estrictamente formal, normativa, no puede ser confundido con este". (Manuel COBO, "revisión del problema del consentimiento en las lesiones en el C.P.", Separata del ADPCP, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1.964, pg. 259; los subrayados en el original).

servicio de la Administración a la sociedad y organización de la Administración finalísticamente dirigida a ese servicio. Lo que no es admisible, es que tales deberes cobren independencia respecto de dichos bienes jurídicos, de manera que adquieran el rango de una nueva categoría (905), a través de la fosilización de los bienes jurídicos que constituyen su esencia, su razón de existir.

Una tal ausencia de vida de los bienes jurídicos, interesa fundamentalmente a una Administración no servidora social, sino señora de la sociedad, de modo que invierte las posiciones transformando a los individuos (funcionarios y particulares) en sus servidores: no estaremos ante ciudadanos sino ante súbditos. El funcionario que, sin embargo de lo anterior porque también es ciudadano, indudablemente es servidor de la Administración, lo es en la medida en que ésta, a su vez, es servidora de la sociedad; en otro caso, estaríamos ante un conjunto de meros instrumentos sumisos y la eximente de obrar en cumplimiento de un deber (art. 8,11) tendría una aplicación casi ilimitada en su vertiente de desempeño de funciones públicas (más ampliamente, en sentido penal, de participación en el ejercicio de estas funciones).

4.- La insuficiencia del "deber" para colmar la antijuridicidad de los tipos del Tit. VII.-

Obsérvese que la sumisión de la que hablo (como el -

(905) Como ZUCCALÀ ha resaltado, el hecho de que haya delitos que incluyen "en su noción elementos personales particularmente significativos y que merezcan particular atención y observación", "no implica todavía un cambio tan radical de los puntos cardinales, que tradicionalmente sustentan y justifican la responsabilidad penal, como para inducir a reconocer la existencia de una categoría criminal autónoma"; no se puede desconocer la importancia de tales elementos, pero ello no implica el que "deban subver

sustrato de la eximente que cito) no provendría de los mandatos de los superiores (relación jerárquica) sino, y esto es lo que quiero resaltar, del cumplimiento de deberes, "deberes jurídicos", esto es, derivados del ordenamiento jurídico" a través de la "relación directa" entre el funcionario " y la norma que viene obligado a cumplir" (906), entendidos de una forma mecánica, como aislados de su propio fundamento.

A) La relación jerárquica engendra deberes de respeto y obediencia al superior.

a) Los de respeto está por completo excluidos en punto a la antijuricidad del Título VII, encontrando, en cambio, eco en los arts. 240, párr. 3º primer inciso y 241, párr. 1º y en el art. 569, 2º. El objeto de protección de los dos primeros (907) se entiende por la jurisprudencia y doctrina científica que es, al mis-

(905) tir los criterios fundamentales de la teoría del delito ", lo que no excluye que dichos elementos "puedan de otra manera encontrar una sistematización más adecuada, quizás en el ámbito de la culpabilidad" (Giusseppe ZUCCALÀ, " L'infidelta nel diritto penale", Padova, CEDAM, 1.961, pg. 212).

(906) RODRIGUEZ DEVESA, "Parte General", cit., pg. 437; el subrayado en el original.

(907) Como ya en otra ocasión he dicho: V. "El bien jurídico protegido en los Caps. VI y VII del Título II del C.p." cit., pgs. 118 y sgs.

mo tiempo, la "dignitas" del funcionario superior y el principio de jerarquía (908). Lo que debe extenderse al art. 569, 2º calificado de "degradación" del 241 (909), en el que explícitamente se habla de los subordinados que falten "al respeto y sumisión de bidos a sus superiores". Tanto los delitos como la falta se incardinan en la clasificación de "contra el orden público": deber y bien jurídico quedan delimitados, aunque pueda discutirse si debe seguir manteniéndose una interpretación como la que determina que es la "dignitas" el objeto de protección y la amplitud con que se concibe el orden público.

b) El deber de obediencia al superior funcionario, en cambio, tiene reflejo en el Título VII, a través de los arts. 369 y 370 y, fuera de él, en la eximente 12 del art. 8 en su vertiente de deberes de obediencia nacidos de aquella parte del ordenamiento jurídico que se refiere a los funcionarios (910).

(908) Este último tomado en cuenta por la ley como se desprende de la mayor gravedad de la pena prevista para el funcionario subordinado que ataca la "dignitas" del superior respecto de la señalada para el funcionario que realiza igual agresión sin estar en relación de subordinación con el ofendido.

(909) Domingo TERUEL CARRALERO, "Las Faltas (Doctrina, Comentario de las del Libro II del C.p. Las formuladas en Leyes Especiales)", Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1.956, pg. 143.

(910) Cfr. CORDOBA, "Comentarios...", cit., T.I, pgs. 385-386.

Mediante estas normas, el legislador penal conforma un deber de obediencia que puede y debe diferenciarse de los deberes primeramente aludidos. El mismo hecho de que el legislador trate independientemente las eximentes 11 y 12 del art. 8, avala esta diferenciación, que se concreta en la relación inmediata funcionario-ley, para el cumplimiento de un deber, frente a la mediata, por cuanto entre uno y otra se intercala "la voluntad del superior", en la obediencia debida (911); más todavía: en el cumplimiento de un deber, la conducta del funcionario "ha de ajustarse al Derecho en todas sus partes" (contenido fáctico unitario) (912), mientras que puede existir un deber de obedecer determinados mandatos antijurídicos (situación fáctica no unitaria de la obediencia debida) (913). Aún aceptando, pues, que lo que caracteriza a los delitos del Título VII es la infracción del deber, debería matizarse tal afirmación, pues, como se ve, tales deberes no son estrictamen-

-
- (911) V. RODRIGUEZ DEVESA, "Parte General", cit. pg. 453 y "La subordinación militar en Derecho comparado. Necesidad de una regulación uniforme de los efectos jurídicos-penales de la relación de subordinación", Separata de la Revista española de Derecho Militar, Madrid, 1.961, pgs. 6-7.
- (912) V. RODRIGUEZ DEVESA, "Parte General", cit. pg. 454.
- (913) V. RODRIGUEZ DEVESA, "Parte General", cit., pg. 454; respecto a los mandatos antijurídicos obligatorios V. en mi comentario "El bien jurídico protegido..." cit., pg. 129, N. 49, la bibliografía ahí citada.

te homogéneos, sino que hay características que los distinguen y singularizan (el funcionario que ajustando su conducta a derecho desobedece un mandato antijurídico, puede, sin embargo, cometer un delito si tal mandato, pese a ser antijurídico, es obligatorio), aún moviéndonos en el terreno de los géneros. En consecuencia, también en esta perspectiva se impone el análisis sobre la síntesis que, por excesivamente vaga, o poco clara o induce a error.

Para MUÑOZ CONDE, el objeto de protección de los tipos contenidos en los arts. 369 y 370 es el principio de jerarquía, que "supone la supeditación de los órganos inferiores a los superiores y el deber de obediencia de aquellos frente a éstos" (914). Si, - conforme al pensamiento de este mismo autor (915), tal "deber de obediencia" es la concreción, en los aludidos tipos de los arts. 369 y 370, del "deber profesional" en que consiste el "bien jurídico común a todas las infracciones recogidas en el título VII", no cabe duda que en aquellos supuestos en que la desobediencia del funcionario no sólo implique el "quebrantamiento" de este deber, sino también un ataque al orden público (916) -hipótesis especialmente

(914) "Parte Especial", cit., pgs. 670-671; el subrayado es mio.

(915) Ob. Cit., pg. 654.

(916) Bien jurídico protegido, según este mismo autor (ob. cit., pgs. 578 y 591) por las desobediencias del cap. VI, Tít. II-arts. 237 y 238).

te factible si se acepta el concepto amplio de orden público en que contradictoriamente incurre el propio MUÑOZ CONDE (917) - se estará en presencia de un concurso de delitos y no, como preconiza CEREZO (917 - bis), ante un concurso de leyes resuelto por especialidad de los arts. 369 y 370 respecto de los 237 y 238 (918).

Tal conclusión es claramente insatisfactoria, resultando mucho más aceptable la alternativa apuntada por CEREZO. Pero, para que ésta pueda admitirse sólo cabe una solución: que el bien jurídico contemplado por los arts. 237 y 238 lo sea también por los 369 y 370; dicho de otra manera y a los efectos que aquí interesan, hay que abandonar la idea de ver los tipos contenidos en estos últimos artículos en función exclusivamente de un deber y aceptar que el principio de jerarquía debe dinamizarse poniéndolo en relación con el bien jurídico. Esta es la postura más correcta, desde un punto de vista de lógica interna, de RODRIGUEZ DEVESA, para quien, si bien los tipos en estudio se refieren a "la jerarquía" y al "deber de obedecer", éste último "forma parte

(917) V. OCTAVIO DE TOLEDO, "El bien jurídico protegido..." cit., pgs. 122 y 130.

(917 bis) "Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia", en "REP", nº173, abril-junio 1.966, pg. 372. V. Ampliación en Nota II.

(918) V., OCTAVIO DE TOLEDO, "El bien jurídico protegido..." cit. pg. 129, n. 49.

integrante de la disciplina social indispensable en toda sociedad política evolucionada", lo que, según este autor, implica que "así se establece una firme conexión con los delitos de desobediencia de los particulares, que sabemos se dirigen contra el orden público tal como entendemos ese discutido concepto" (919).

Debo advertir, sin embargo, que lo que deduzco de la anterior armentación, incluida la aludida opinión de RODRIGUEZ DEVESA, es la conclusión general de que las desobediencias de los arts. 369 y 370 están en función de una antijuridicidad no residenciada exclusivamente en el incumplimiento de un deber, sino también el ataque a un bien jurídico. La aceptación de esta conclusión general, no implica la del referido pensamiento de RODRIGUEZ DEVESA en todos sus términos. Como en otra ocasión he expresado (920) no participo de una concepción del orden público como la patrocinada por este autor, sino de un concepto estricto (921).

Es por ello, por lo que entiendo que, de persistir las desobediencias de los particulares en el lugar que hoy ocupan, solo existirán delitos de esta índole en la medida en que, realizándose los demás elementos de los tipos, se ataque esa "tranquilidad" o esa "paz" que caracterizan al orden público en su concepción estricta.

(919) "Parte Especial" cit., pgs. 1.018-1.019).

(920) V. "El bien jurídico protegido..." cit., pg. 130 .

(921) "Tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana" según la formulación de MUÑOZ CONDE ("Parte Especial" cit., pg. 578), con la que este autor no es después del todo consecuente.

Ataque este último que, indudablemente, no tiene en consideración el art. 369, como lo muestra su constante inserción (desde 1.822) en el título de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos y no entre los contra el orden público, cuando esta clasificación existía en el código (hasta 1.944). En el mismo sentido podría interpretarse la menor gravedad de la pena que prevé respecto a la señalada por el art. 237 (pese a que éste sólo contenga las desobediencias graves, pues el art. 369 al no matizar se refiere también a éstas, además de a las leves), si bien este último dato podría admitir la explicación más simple de una descoordinación (una más entre las que abundantemente existen en el Código) en que ha incurrido el legislador (922), ó bien podría entenderse como una muestra de esa tendencia que puede advertirse en el texto legal de favorecer (en el sentido de no castigar tanto como parece exigir la comparación con parejas conductas de los particulares) a los funcionarios (923).

En consecuencia, hasta tanto no se incluyan las desobediencias de los particulares en el Título VII, relacionándose de esta manera no con el orden público, sino con la alteración del normal desenvolvimiento de las actividades administrativa y judicial, seguirán siendo posibles concursos de delitos a que antes me he referido. A no ser, naturalmente, que, salvando la dificultad sistemática, se interpretan los tipos de desobediencias de particulares como atentatorios del último de dichos bienes (924).

(922) V. GIMBERNAT, "Autor y cómplice..." cit., pg. 254, n 68.

(923) V. MUÑOZ CONDE, "Parte Especial" cit., pg. 556 y R. RAMOS, "Libertades cívicas..." cit., pgs. 351-352.

(924) Lo que ni al propio legislador ha parecido algo extraordinario, habida cuenta que en el Código de 1.850-Cap. V, Tit. VIII, arts. 285-287 - las desobediencias tanto en particulares como de funcionarios, se ubicaron conjuntamente y ambas en el título de los "delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos".

Salvo esta posibilidad, la situación actual ante el problema de tener que negar el concurso de leyes, sólo ofrece la salida de aceptar que lo mismo que los arts. 237 y 238 atacan, según la opinión jurisprudencial y doctrinal (925), la "potestas" estatal, este es también el bien jurídico protegido por los arts. 369 y 370; lo que, por lo demás, también es aceptado por la común doctrina jurisprudencial y científica (926). Pero, ello comporta una consecuencia inadmisibile, pues debe advertirse que esas mismas corrientes doctrinales incardinan dicho concepto de "potestas" en el orden público (927), construyendo así una repudiable concepción de orden público amplia y arcaizante.

Además, la conexión de las desobediencias de funcionarios con la "potestas", que muestra hasta que punto siguen estando próximos los delitos que toman su origen en los de lesa majestad (en este caso, los delitos contra los funcionarios y los delitos de los funcionarios), implica una grave resquebrajadura en la pretendida autonomía de los delitos contra la función pública. Salvar la dificultad sistemática de interpretación que supone la colocación de los respectivos delitos en títulos diferentes, con esta consecuencia, no parece justificado.

Mucho más correcta parece la operación contraria, es decir, en evitación de esos posibles concursos de delitos, interpretar que el bien jurídico protegido por las desobe-

(925) V. OCTAVIO DE TOLEDO, "El bien jurídico protegido..." cit., pgs. 123 y ss.

(926) "El bien jurídico protegido..." cit., pgs. 123 y sgs.

(927) "El bien jurídico protegido..." cit., pgs. 123-124 y 128 y ss..

diencias de los particulares es también, en términos generales, la actividad que la Administración desarrolla en beneficio de la sociedad. Sacrificar en esta perspectiva el criterio sistemático del Código, no solo no apareja la apuntada consecuencia, sino, precisamente, la contraria: favorecer la conformación de una real autonomía de los llamados delitos contra la función pública.

El único inconveniente, más apartente que auténtico, que ello reportaría, en un hipotético futuro traslado de esas normas al Título VII (solución de lege ferenda), es la introducción de delitos cuyo sujeto activo no es un funcionario público en el título de delitos de los funcionarios públicos. Más, aún partiendo de la base de que en esa reforma se conservase una rúbrica cuya sustitución es demandada desde todas las ópticas, ya hemos visto que al legislador en el Título VII no le interesa tanto recoger en él los delitos cometidos por unos determinados sujetos (como lo muestra el hecho de que en otras partes del Código también hay delitos cuyo sujeto activo tiene que ser un funcionario público), cuanto agruparlos que tienen como objeto de protección la función pública; a más de que no sería el único caso de delito con sujeto activo no funcionario en el título VII.

De cualquier forma, lo cierto es que los delitos de desobediencia, que son unos de los delitos del Título VII en los que más claramente se tiende a ver la mera infracción de un deber, no pueden concebirse exclusivamente así, sino que para que pueda hablarse de que tales delitos realmente existen, sobre cumplirse las demás exigencias de los tipos de desobediencia, debe haber un ataque a un bien jurídico, que en principio parece consistir cuando la desobediencia ha sido cometida por "funcionarios administrativos", en el ser-

vicio que la Administración presta a los ciudadanos. Que dicho ataque consista en la lesión ó en la puesta en peligro (concreta o abstracta) de ese bien jurídico, así como las concretas características con que se configura éste es algo a determinar a través del estudio particularizado de tales tipos. Ello no empece a la afirmación final de que estos tipos están, como todos, en relación a un bien jurídico y que éste no consiste en un deber; aunque el deber de obedecer esté presente en su estructura (928).

-
- (928) Por lo demás (y aunque sea más una mera deducción del planteamiento general, creo que es importante resaltarlo), he aquí la manera, a mi entender, correcta de enfocar la cuestión de los llamados "mandatos antijurídicos obligatorios" que plantea el 2º párr. del art. 369: no todo incumplimiento por parte del funcionario público de mandatos que constituyen una infracción de un precepto de Ley no manifiesta clara y terminante ó de mandatos en que "se infrinja un reglamento" (V. RODRIGUEZ DEVESA, "Parte Especial" cit. pg. 1.020), generará (de reunir las demás características indicadas en el párrafo 1º de ese art.) un delito de desobediencia, sino solo aquellos de estos incumplimientos que afecten al aludido bien jurídico en la forma requerida por el tipo. Difícilmente, sin embargo, realizará el bien jurídico esta función limitadora, si se entiende en los términos de la rechazada tesis del concepto amplio de orden público o según la opinión de la infracción del deber de obediencia y el principio de jerarquía. Por el contrario, dicha función aparece como mucho más posible a través de la referencia al servicio de la Administración a los ciudadanos, a las exigencias que debe reunir la realización de la actividad administrativa, que, para que pueda hablarse de la existencia de delito, debe resultar afectado, en la forma y medida requerida por el tipo, por la conducta desobediente del funcionario público.

C) Ni siquiera, creo yo, puede decirse que la falta disciplinaria de desobediencia (929) está exclusivamente construida en torno a la infracción del deber de obediencia (930). Desde luego que aquí tiene ese deber más relevancia, pero tampoco está ausente el bien jurídico en la estructura de dicha falta.

Esta, en mi opinión, se construye atendiendo al principio de jerarquía, pero no formalísticamente entendido, por lo menos no es exclusividad. Si este principio como señala MUÑOZ CONDE, y queda dicho, "supone la supeditación de los órganos inferiores a los superiores y el deber de obediencia de aquellos frente a éstos", ciertamente contiene un deber, pero también la idea de supeditación de unos órganos a otros. Idea que, si no se quiere caer en un mero esquema de dominación (por tanto impatrocínable), ha de ponerse en función de la organización administrativa. Es decir, si unos órganos están supeditados a otros es porque dicha supeditación, dicha estructura jerárquica, se estima necesaria para que la Administración funcione y sea eficaz y, dando un paso más, para que dicha eficacia se traduzca en un correcto servicio a la sociedad.

De otra manera no podría explicarse el sacrificio de la libertad de decisión de unos ciudadanos, los funcionarios, que por mucho que ostenten tal condición (de servidores de la Administración) no por ello son menos libres que el resto de sus conciudadanos.

(929) En el ejemplo más inmediato, "la falta de obediencia y respeto a los superiores o autoridades", apartado a) del art. 7 ("faltas graves") del Reglamento de Régimen disciplinario antes citado.

Porque son servidores sociales, son servidores de la Administración; porque ésta sirve a la sociedad, precisa de una organización que posibilite este servicio; porque esa organización se ha entendido que necesita una estructura graduada, hay una jerarquía de órganos; porque esa jerarquía implica supeditación, los funcionarios deben obedecer al superior al que están supeditados.

El deber de obediencia es, pues, una consecuencia de algo que se estima socialmente valioso y, por tanto, a veces necesitado de ser protegido, de ser jurídicamente protegido. Dicha protección jurídica se articula: bien directamente en relación a ese interés (correcto servicio a la sociedad), a través del delito de desobediencia; bien mediatamente con la preservación del subinterés que lo posibilita (mantenimiento de la organización administrativa), a través de la falta disciplinaria de desobediencia. En la medida en que la sociedad estime que ya no se mantiene el primer interés, no será necesario castigar las conductas que contra él atentan; en la medida en que el segundo interés no haga posible la producción del primero, no será preciso sancionar las acciones contrarias a aquel, en la medida en que la subordinación no sea un instrumento útil ni necesario para que ese segundo interés subsista, no nacerá el deber de obediencia.

La obediencia en sí misma no es un "bien", sino todo lo contrario: un ataque a la libertad del que obedece

...

(930) Impuesto por el art. 79 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, Texto articulado aprobado por D. 315/1964, de 7 de febrero (B.O.E. no. 40, de 15-II-1964.

(931). Lo mismo que enriquecerse no es un "mal", ni siquiera hacerlo a costa de los demás (puesto que, en última instancia, dentro de una sociedad capitalista organizada esto es lo que implica cualquier enriquecimiento) y mucho menos todavía es enriquecer a otro (que en principio es algo altruístico); el mal consiste en enriquecerse directamente a costa de los demás o enriquecer a

(931) V. José Félix TEZANOS, "Los límites de la obediencia. Consideraciones sobre el experimento de Stanley Milgram", en S.RCS, no. 12, enero 1976, pgs. 99-114, especialmente las pgs. 111-114. Claro que sobre la obediencia pueden mantenerse bien distintas posturas; así para A. CARRO "la obediencia es un artilugio que permite corregir las imperfecciones de la naturaleza humana porque, a través de ella, se logra obtener un orden social armónico, equilibrado y estable" (Antonio CARRO MARTINEZ, "Derecho Político", 3a. ed., corregida, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de publicaciones e intercambio, 1965, pg. 113), p. ej., cabría añadir, el sistema nazi, basado en la obediencia. Para el autor, "en la mayor parte de los casos, se obedece por propia naturaleza, porque de la misma forma que el hombre tiene libertades y poderes naturales, igualmente obedece a estas libertades y poderes de una manera y forma natural. No quiere decirse con esto que la desobediencia no sea posible; claro que lo es. Pero eso es extraordinario, puesto que lo natural y normal es obedecer en todo caso" (ob. cit., pg. 115; los subrayados son míos). Que duda cabe que desde esta perspectiva la obediencia es un bien y un bien digno de protección jurídica. Con su disgresión sobre la obediencia (en la que se pregunta fundamental es "porqué se obedece", a la que responde, "con Necker", "¡Ah! Misterio!" -ob. cit. pg. 114), pretende CARRO explicar el poder y, singularmente, el poder político, de ahí que se plantea la "obediencia política" y, a su través, concluye que "el poder político exige lealtad plena, lealtad inexcusable" (ob. cit., pg. 116; los subrayados en el original). Términos (observaré) nada extraños a la temática del bien jurídico en los "delitos de funcionarios" de que ahora me ocupo.

otro de esta manera. De ahí que ni la obediencia merece ser algo jurídicamente protegido, ni el que se enriquece o enriquece a otro castigado; lo que se protege es aquello cuya realización depende de que se obedezca, lo mismo que se castiga al funcionario que malversa los caudales públicos apropiándose los o permite que otro se los apropie. De ahí pues que nazca no "la obediencia", sino el deber de obedecer; lo mismo que nace el deber de custodia de los caudales públicos. Esto es, situaciones del sujeto frente a determinados bienes jurídicos.

B) "Solicitar" a una mujer, como dicen los arts. 383 y 384, no es jurídicamente punible, pues de otro modo, cuando el "solicitante" es un hombre, se castigaría la libertad sexual de los ciudadanos y, en última instancia, se estaría prohibiendo la reproducción del género humano u obligando a una reproducción violenta ("solicitar" es todo lo contrario de "forzar"); ni siquiera es punible cuando quien "solicita" (932) es otra mujer, por cuanto sería igualmente atentatorio contra la libertad sexual, como lo muestra el Código al no incriminar esta conducta en otros lugares. Sólo merece la atención del legislador penal cuando la "solicitud" está relacionada con el ataque a un bien jurídico, por ejemplo, el honor, que determinaría la aparición de un delito de injuria, u otro bien jurídico, como en el caso de los arts. 383 y 384 que es la imparcialidad de la Administración, o, dicho de otro modo, "la integridad en la gestión administrativa". Bien jurídico que se dice protegido por el cohecho (933), delito con el que los "abusos contra la honestidad" cometidos por funcionarios guardan estrecha relación, espe-

(932) Si es que se hace una interpretación amplia de este término.

(933) RODRIGUEZ DEVESA, "Parte Especial", cit., pg. 1.033

cialmente con el art. 390, primer inciso: No en vano es el capítulo que inmediatamente precede al del cohecho y no en vano en muchos de los tipos contenido en este último se emplea la misma expresión de "solicitar" (arts. 385, 386, 387 y 391), aunque, obviamente con matiz distinto.

La diferente ubicación viene marcada por la misma explicación que merece el hecho de que mientras en el cohecho se castiga a quienes "aceptaren las solicitudes" de los funcionarios públicos (art. 391), no ocurre lo mismo en los arts. 383 y 384 respecto a la mujer que acepta la "solicitud" a que estos arts. se refieren; explicación basada en la especificidad de esta "solicitud" (934).

Ello, sin embargo, no implica descartar la aplicación del art. 391 cuando no se dé el supuesto de que la mujer acepte la "solicitud" del funcionario público, sino el contrario, esto es, que sea la mujer-administrada quien se "ofrezca" al funcionario público para "corromperlo" en su gestión; el término "ofrecimiento" que emplea este art. 391, ni mucho menos excluye el ofrecimiento del propio cuerpo (935). De esta manera, los supues-

(934) Que tan singular debió parecer al legislador, como para motivarle no sólo a crear unos tipos diferentes, sino también a excluir de ellos el supuesto de la mujer-funcionario público que "solicita" a un hombre, con quien guarda la relación administrativa que, respecto a la mujer o a sus familiares, describen los arts. 383 y 382 (hipótesis no desechable especialmente en el supuesto descrito en el 1º. de estos artículos). En este sentido, resulta curioso como, p. ej., QUINTANO ("Compendio ..." cit., Parte Especial, pg. 177) protesta de la no inclusión en el tipo del art. 383 de las "solicitudes" homosexuales de funcionario-hombre y no alude, en cambio al supuesto que acabo de resal

tos contrarios a los descritos en los arts. 383 y 384 (936), se castigarán normalmente -cuando se "corrompa" o se "intente corromper", intención ésta última que parece insita en los tipos de los arts. 383 y 384 y, con más razón, en las hipótesis contrarias (937) a través del art. 391 (938).

... tar. No cabe duda que el pensamiento legislativo del C.p. sobre la mujer, netamente conservadurista, está también presente en la doctrina.

(935) V. más adelante n. 938.

(936) Es decir, la "mujer que para si misma o para su cónyuge, descendiente, ascendiente, hermano o afin en los mismos grados", que "tenga pretensiones pendientes de la resolución de" un funcionario público, "o acerca de las cuales debiere (este) evacuar informe o elevar consulta a su superior", la cual se "ofreciere" a dicho funcionario público "corrompiendo o intentando corromperlo", será castigada con la pena que señala el art. 391 en relación con el 383. De igual manera, para el supuesto contrario del descrito en el art. 384.

(937) Según QUINTANO, aunque los tipos de los arts. 383 y 384 no requieren "de modo explícito" "una promesa de resolución favorable" y, mucho menos (pues plantearía un concurso), el dictado de una "resolución injusta", "en el hecho de solicitar....va implícita una promesa de resolución favorable a la solicitada, y ella es la ratio essendi del delito, y de incluirse entre los de funcionarios públicos" ("Compendio ..." cit., Parte Especial, pg. 177). Con más razón tiene que estar presente la intención de corromper al funcionario, en el ofrecimiento del propio cuerpo por parte de la administrada, pues de otra manera dicho "ofrecimiento" (salvo que afectando al honor del funcionario pueda constituir injuria) es impune y, desde luego, no incluíble entre los delitos contra la función pública.

(938) Con lo que se plantea un curioso problema de pena respecto del 383 (que señala para el funcionario la de inhabilitación especial), habida cuenta que la prevista en el 391 es la misma que para los funcionarios, "menos la de inhabilitación" (especial, que es la única de esta naturaleza prevista

... en los arts. anteriores). Debe advertirse que el criterio esgrimido por algunos autores (FERRER, "Comentarios...", cit., T. IV, pg. 162, a cuya opinión se adscribe, MUÑOZ CONDE, "Parte Especial" cit., pg. 683) respecto a que el "ofrecimiento" a que se refieren los arts. 385 y 386 sólo puede ser de contenido económico habida cuenta de que la pena de multa que imponen se gradúa en función del valor de la dádiva, no opera para el art. 391, en que no rige este criterio con carácter general para la determinación de la pena, sino el de remisión a los correspondientes tipos de funcionarios. En consecuencia, en aquellos casos en que tales tipos no gradúen la pena por el valor de lo ofrecido, y así es en los de los arts. 383 y 384, el ofrecimiento no tiene porqué ser económico (V. otra opinión en RODRIGUEZ DEVESA, "Parte Especial" cit., pgs. 1043 i. f. 1044; V. también, S.T.S. de 25-X-1961).

En cuanto a la postura defendida por RODRIGUEZ DEVESA, según la cual en el cohecho no caben promesas de índole carnal ("Parte Especial" cit., pg. 1.029, n. 5) y ello por la misma razón que da para rechazarlas respecto a los arts. 385 y 386, esto es, que el "ofrecimiento o promesa" han de ser siempre relativos a una dádiva o presente, porque de lo contrario, cuando el goce transitorio de los sentidos, por ejemplo, no se promete, sino que se verifique en el acto, se produciría el absurdo de castigar lo menos (prometer) y dejar impune lo más (entregar)" (ob. cit., pg. 1.023), no me parece un razonamiento aceptable: debe tenerse en cuenta que la específica naturaleza de lo prometido (de "índole carnal"), no admite una "entrega" sin previo "ofrecimiento"; es decir, así como algo de contenido económico normalmente puede entregarse sin que medie una oferta de entrega, no cabe duda que un acceso carnal (y para RODRIGUEZ DEVESA "solicitar" ha de entenderse en el sentido de proponer el acceso carnal" -ob. cit. pg. 1.030; el subrayado en el original-, por lo que lo contrario, "ofrecer", consistirá en lo mismo pero hecho por el otro sujeto) no puede realizarse ("entregarse") sin un "ofrecimiento" previamente aceptado; en consecuencia, el supuesto que plantea este autor ("goce transitorio de los sentidos... que se verifica en el acto"), no es más que el perfeccionamiento de un delito consumado ya en la fase de "ofrecimiento" y, por tanto, punible respecto a la administrada de igual manera que si existiendo dicha oferta no hubiera sido aceptada por el funcionario (lo que no está requerido por el tipo), de idéntico modo a como se castiga igualmente la dádiva que el ofrecimiento de dádiva. La cuestión estriba en que mientras "entregar" algo

La proximidad que acabo de señalar entre "los abusos contra la honestidad" y el "cohecho", permite una conclusión clara: que los primeros no pueden concebirse exclusivamente como "una infracción del deber de dignidad que en relación con la moral sexual ("honestidad") el funcionario debe guardar en el ejercicio de su cargo" (939), sino que, como ocurre en el cohecho, han de estar

... de contenido económico, no implica aceptación de ello por el funcionario (puesto que no precisa oferta), la "entrega" de un acceso carnal implica: o "solicitud" del funcionario (aceptada por la administrada) u "ofrecimiento" de ésta (aceptado por el funcionario); de otro modo, es decir, de no mediar este pacífico tráfico, nos hallaríamos ante una violación en el primer caso o ante unos abusos deshonestos "equiparados" a la violación en el segundo. Así, pues, el supuesto planteado por RODRIGUEZ DEVESA no solo no queda impune, como concluye este autor, sino que es doblemente punible, puesto que implica tanto un cohecho activo como pasivo. De otra parte, la necesidad de ofrecimiento y aceptación previa a la entrega, está a veces exigida por la naturaleza de determinada "dádivas" o "presentes", así p. ej. en el caso de un banquete, cuestión ya discutida por la jurisprudencia, que en ocasiones ha admitido la posibilidad de cohecho a su través, denegándola en cambio, en otras oportunidades (V. QUINTANO, "Compendio..." cit., Parte Especial, pg. 182, n. 6). Por último, rechazar taxativamente la posibilidad de "promesas de índole carnal" puede, de no matizarse, inducir a errores, habida cuenta de que promesas de este cariz pueden tener una evaluación económica, como se ha demostrado con los múltiples casos descubiertos ("naturalmente" en otros países), de funcionarios de elevado rango cohechados por el trato con prostitutas de alta escuela.

(939) MUÑOZ CONDE, "Parte Especial", cit., pg. 678.

relacionados con un bien jurídico que no consiste solamente en la infracción de tal deber. Ni siquiera basta que respecto a los "abusos contra la honestidad" se diga que en ellos "hay un abuso de la situación predominante que confieren las facultades que la ley atribuye al funcionario, utilizadas para injerirse ofensivamente en la esfera de los bienes jurídicos de los particulares" (940), ó que "por la especial situación de prevalencia del funcionario se supone una falta de libertad en la mujer solicitada a la relación sexual y una involucración de la función pública" (941): no basta, porque ambas opiniones (942) presentan un evidente deslizamiento a la consideración en primer plano de bienes jurídicos no estimados prevalentemente por el Código en el Título VII, sino en el IX y porque cuando, en la segunda de estas opiniones, se resalta un elemento ya propio para justificar la presencia de estos delitos en el Título VII, se hace de una forma tan vaga ("involucración de la función pública"), que permanece la indeterminación del bien jurídico que se estima atacado.

Más concreta es, en cambio, esta misma doctrina a la hora de señalar el objeto de protección de los tipos de cohecho, expresado como "la integridad en la gestión administrativa", respecto al funcionario, y "el respeto que debe al normal funcionamiento de los órganos del Estado", en cuanto al particular, (943). El primero de es-

(940) RODRIGUEZ DEVESA, "Parte Especial", cit., pg. 1029

(941) MUÑOZ CONDE, "Parte Especial" cit., pg. 618.

(942) Aunque expresamente se señala para una de ellas, que se aporta en evitación de que se confundan estos delitos con modalidades agravadas de los del Título IX: MUÑOZ CONDE, ob. y pg. cits..

(943) RODRIGUEZ DEVESA, "Parte Especial", cit., pg. 1033. Según MUÑOZ CONDE, "el cohecho pasivo es un delito

tos dos bienes jurídicos es, sin duda, el mismo que se contempla en los arts. 383 y 384 (944).

(943)

...
distinto del cohecho activo con bienes jurídicos protegidos también distintos: el quebrantamiento del deber y la confianza depositada en el funcionario (cohecho pasivo), el respeto que se debe al normal y correcto funcionamiento de los órganos estatales (cohecho activo)" ("Parte Especial" cit. pg. 681). Tal opinión es una congruente aplicación de su pensamiento en torno al "bien jurídico común a todas las infracciones recogidas en el Título VII", que según este autor, "solo puede encontrarse en un vago quebrantamiento de deberes profesionales o en la pureza de la Administración pública en general.. poco indicativo, en realidad, de la naturaleza de estos delitos" (ob. cit., pg. 654). Más que el quebrantamiento lo que parece vago para el autor, por lo menos respecto al cohecho, es el deber quebrantado, puesto que no indica cual es. Desde luego que de este modo resulta muy poco indicativo de la naturaleza de este delito.

(944)

La diferencia del llamado cohecho pasivo respecto al activo, basada en que en el primero el funcionario ataca la integridad en la gestión, mientras en el segundo el particular infringe un deber de respetar el normal funcionamiento de los órganos del Estado, no me parece correcta en lo que respecta a este segundo bien jurídico. En efecto, tal deber de respeto al desempeño normal de la actividad administrativa o judicial, no solo lo tienen los particulares sino también los funcionarios. Indudablemente, el funcionario que ataca el bien jurídico integridad de la gestión, lo hace infringiendo el señalado deber. El ataque a dicho bien jurídico, implica el quebrantamiento del referido deber. Es algo cuantitativamente mayor que abarca lo menor. Pero, además, es algo cualitativamente distinto, por cuanto no siempre una infracción del deber de respeto al normal funcionamiento de los órganos del Estado, implicará un cohecho u otro delito. Para que esto último ocurra, es preciso algo más (una grave infracción de tal deber) y algo distinto (que afecte a un determinado bien jurídico, en el caso del cohecho, la integridad en la gestión). La diferencia entre ambas modalidades de cohecho es-triba, en mi opinión y concretándose al cometido por, referido a, funcionario administrativo; en insertar el bien jurídico integridad.....

C) Ni siquiera cuando el texto legal expresamente indica la necesidad, para la existencia del delito, de una infracción de la obligación o deber del cargo, puede afirmarse que el contenido de la antijuridicidad de ese delito consiste simplemente en tal quebrantamiento.

Así, por ejemplo, cuando en el art. 359 se dice que "el funcionario público que, faltando a la obligación de

... gestión en otro más amplio: servicio de la Administración a los ciudadanos, que evidentemente resulta lesionado en el caso del llamado cohecho pasivo (por cuanto algo que forma parte de ese servicio: la integridad en el mismo, resulta destruído), mientras que el cohecho cometido por el particular no siempre implícita esta lesión, sino que en ocasiones (y los tipos se colman con ello) simplemente acarrean un peligro de lesión de dicho bien jurídico (cuando el funcionario no acepta la dádiva, el presente, el regalo, el ofrecimiento o la promesa). De esta forma, mientras el llamado cohecho pasivo se configura como un delito de lesión, el activo es un delito de peligro, ya que no está en manos del particular la realización de esa efectiva lesión. Cuando el funcionario solicita algo del particular, ya está lesionando el servicio que debía prestarle; no así cuando es el particular quien está ofreciendo o dando algo al funcionario, aquí la integridad en la gestión puede resultar lesionada (cuando el funcionario acepta), pero en todo caso queda puesta en peligro, y esto último basta para que exista el delito. Por último, cuando el particular acepta lo solicitado por el funcionario (modalidad de cohecho acremente denostada por la doctrina: V. QUINTANO, "Compendio..." cit., Parte Especial, pg. 180, y que en frecuentes supuestos queda excluida de la consideración de delictiva: V. RODRIGUEZ DEVE-SA, "Parte Especial" cit., pg. 1.043), nos hallamos ante una participación en un hecho ejecutado por otro, que fácilmente puede ser impune, pero que, para determinados supuestos marginales, el legislador lo ha elevado a la categoría de específico delito, equiparándola en punto a pena a la autoría de las modalidades activas de cohecho.

su cargo, dejare maliciosamente de promover la persecución y castigo de los delincuentes, incurrirá en la pena de inhabilitación especial", con el elemento típico "faltando a la obligación de su cargo" no se está indicando en qué consiste la total antijuridicidad de esta modalidad de prevaricación, sino que se introduce en el tipo un elemento normativo que exige" una valoración por parte del intérprete o del juez que ha de aplicar la ley" (945).

-
- (945) RODRIGUEZ DEVESA, "Parte General" cit., pg. 351. La doctrina refiere esta valoración, aparte de señalar como sujetos activos a jueces y fiscales, a la que se realiza con arreglo a otras normas jurídicas, en concreto, los arts. 282 y 283 de la LECr. (FERRER, "Comentarios..." cit., T. IV, pgs. 85, aunque este autor advierte también sobre la aplicación del art. 262 LECr. (ob. cit., pgs. 84-85), CUELLO, "Parte Especial" cit., Vol. I, pg. 405, MUÑOZ CONDE, "Parte Especial", cit. pg. 662). Explicando esta opinión, QUINTANO, ("Comentarios al C.P.", cit., pg. 697) dice que "para los funcionarios no judiciales, la obligación de perseguir no es la general ciudadana de denunciar del art. 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino la concreta persecutoria impuesta a ciertos funcionarios públicos los arts. 282 y 283 del mismo cuerpo legal". Más concretamente, RODRIGUEZ DEVESA ("Parte Especial" cit., pgs. 1.004-1.005) entiende que "la obligación a que se refiere el art. 359 alcanza ante todo a los funcionarios de la Policía Judicial (LECr., art. 383), pero también a los jueces y fiscales, así como a aquellos que por disposiciones especiales les incumba", expresión vaga en su último miembro, que, de entenderse literalmente, tampoco resulta satisfactoria. Porque, en mi opinión, debe tenerse presente que el art. 359 no se refiere a la obligación de perseguir y castigar a los delincuentes, sino a la de "promover" dichas persecución y castigo, es por ello por lo que entiendo que aquí también debe atenderse, respecto de los funcionarios administrativos, a la obligación de denunciar impuesta por el art. 262 LeCr, a "los que por razón de sus cargos..... tuvieron noticia de algún delito público.....", especialmente si tenemos en cuenta los dos últimos párrafos de este artículo ("Si el que hu-

Cumple dicho elemento, dentro del tipo del art. 359, exactamente la misma función que el de "abusando de su oficio" en el tipo contenido en el art. 302. Lo mismo que el art. 359 exige, para que el delito exista, que el funcionario público tiene que realizar el hecho "faltando a la obligación de su cargo", el 302 demanda que el funcionario público cometa la falsedad" abusando de su oficio". Tal afirmación típica del sujeto y tal elemento normativo del tipo no han llevado, sin embargo, a la doctrina, a concluir que el art. 302 contiene una simple infracción del deber funcional, constitutiva de un ilícito disciplinario que, en sus cuantitativamente más graves manifestaciones, se ha elevado a la categoría de delito; el art. 302 se considera en relación al bien jurídico fé pública; no se abandona, en absoluto, la perspectiva de un bien jurídico no consistente nada más que en un quebrantamiento del deber. De igual manera hay que proceder respecto al art. 359: su antijuridicidad no se compone exclusivamente de la infracción del deber realizada al faltar el funcionario a la obligación de su cargo; es preciso determinar el bien jurídico atacado por la conducta descrita en el tipo que contiene.

No sólo respecto a funcionarios sino también en relación

... biese incurrido en la omisión fuere empleado público, se pondrá además en conocimiento de su superior inmediato para los efectos a que hubiere lugar en el orden administrativo. Lo dispuesto en este artículo se entiende cuando la omisión no produjere responsabilidad con arreglo a las Leyes"); esta opinión resulta avalada por la jurisprudencia que, además de a jueces y fiscales, ha considerado sujetos activos del delito del art. 359 a funcionarios que tampoco pueden estimarse como pertenecientes a la Policía judicial a la que se refieren los mentados arts. 282 y 283 de la LECr (así, al S.T. S. de 13-III-1940 que estimó la comisión de dicho delito por un subdelegado de Hacienda que no promovió el

ción a otros sujetos determinados, el Código opera en esta forma: así, el art. 415, párr. 1o. al exigir que el facultativo cause o coopere al aborto "con abuso de su arte", la determinación del sujeto y el mentado elemento normativo alusivo a los deberes deontológicos del facultativo (946), no han provocado el que se piense que estamos ante un supuesto de mera infracción de tales deberes; también respecto al 415, párrafo 1o. opera el bien (o bienes) jurídico (s) protegido (s) por el aborto a través de los distintos tipos contenidos en el Capítulo III del Título VIII; en relación con esos deberes respecto dicho tipo, lo único que se ha afirmado es que el art. 415, párrafo 1o. es una figura agravada de aborto residiendo "la ratio de la agravación... en la mayor reprochabilidad que entraña decidirse a actuar desatendiendo esos deberes que personalmente le incumben al facultativo" (947).

En el sentido apuntado, no me parece totalmente correcta la opinión de GIMBERNAT respecto al art. 359 (y a los demás delitos de omisión propios) cuando afirma que su "esencia consiste, precisa y únicamente, en que el autor se limita a no hacer lo que un deber le ordena que haga" (948)

... castigo de un auxiliar malversador).
Ciertamente, sin embargo, que hay que atenerse al limitado ámbito que determina este art. a través de la referencia a los delitos flagrantes de su párr. 1o. como ya resalta FERRER, ("Comentarios" cit. pgs. 84-85)

(946) V. DEL ROSAL, COBO y R. MOURULLO, "Delitos contra las personas" cit., pgs. 373-377.

(947) DEL ROSAL, COBO, y R. MOURULLO, ob. cit., pg. 372.

(948) "Autor y cómplice..." cit., pgs. 297-298 y n. 213 de la pg. 297; los subrayados son míos.

En mi opinión, el mencionado dato sirve para caracterizar profundamente tal delito (y los demás de omisión propios), porque, expresándolo en otras palabras, la ausencia del deber de actuar (del deber de "promover la persecución y castigo de los delincuentes", en el caso considerado) respecto de un determinado sujeto, destruye la posibilidad de comisión de ese delito por dicho sujeto.

Ahora bien, habida cuenta de que la más poderosa corriente doctrinal predica un similar dato respecto de delitos no encuadrables en la categoría de delitos de omisión propios, como en aquellos también respecto a estos habría de procederse con extrema delicadeza a la hora de hablar de su "esencia" y del apoyo "preciso y único" de ésta. También ahora, como al versar sobre aquellos delitos, se hace necesario, sin olvidar hacer constar la importancia del incumplimiento del deber de actuar o de actuar de determinada manera, referirse al bien jurídico. Porque, en otro caso, podría fácilmente dar la impresión, y, en consecuencia, inducir a una tal forma de proceder, de que se cae en un automatismo formalista en la determinación de la existencia del delito, sobre la base de la comprobación única de que el deber, habiéndolo, se ha incumplido.

Desde esta perspectiva, habrá que decir que lo que caracteriza fundamentalmente al delito de art. 359 (como a los demás delitos de omisión propios), es que solamente adquiere relevancia jurídico-penal el ataque al bien jurídico protegido por la norma que contiene ese delito, cuando se conduce a través de un no hacer el sujeto lo que un preexistente deber le ordena que haga.

Olvidando el bien jurídico, no existe forma de explicar porque, a su vez, no se ha promovido la persecución y castigo o no se ha castigado, a aquellos funciona

rios públicos que omitieron estas mismas conductas cuando, no habiéndose modificado en el Código Penal determinados delitos (por ejemplo, de asociaciones ilícitas o de juegos prohibidos), era pública y notoria la existencia de personas incurso en los mismos. Por el contrario, la referencia al bien jurídico hace comprender que el evidente incumplimiento del deber existente en esos casos, lejos de conducir un ataque al bien jurídico protegido por la norma del art. 359, coadyuvará eficazmente a su mantenimiento. Más aun, parece incluso sustentable que en determinados casos en que, apartándose del mencionado incumplimiento del deber, tales funcionarios públicos efectuaran aquello a lo que el deber les obligaba, se encontraban muy próximos a una prevaricación del art. 358. Otro tanto podría mantenerse, por ejemplo, respecto a la prevaricación del art. 351 en un supuesto de rápida sentencia contra el reo por delito de adulterio: Adviértase que tanto el art. 358 para la resolución, como el 351 para la sentencia, hablan de que sean "injustas", no ilegales, ¿A quién podría convencer el juez que castigase a la adúltera el día que se debate en el Parlamento un proyecto de ley de descriminalización del adulterio? (949).

5. Consideración de la doctrina del "deber del cargo" en el Tit. VII.

Los ejemplos de delitos en que la infracción de un deber no colma el contenido de la antijuridicidad por e-

(949) La pregunta es paralela a la que se hace GIMBERNAT al criticar la tesis de ROXIN de los "delitos consistentes en la infracción de un deber" y su consecuencia de estimar autor, cualquiera que sea su conducta, al partícipe que ha incumplido el deber" V. "Autor y cómplice..." cit., pg. 298.

llos exigida, podría multiplicarse sobre la consideración en cada uno de los delitos contenidos en el Título VII, Libro II del Código Penal.

A) Una explicación plausible (950) de porqué la doctrina española dominante ha configurado estos delitos exclusivamente en torno a la infracción de un deber, se reside en la consideración de la rúbrica del Título en que se contienen. En efecto, expresada dicha rúbrica, desde el primer Código Penal, con los términos de "delitos de los funcionarios públicos (o de los empleados públicos) en el ejercicio de sus cargos", es decir, haciendo (aparentemente) una evidente llamada a un criterio personal de agrupación, nada más lógico parece que buscar elementos fundamentalmente personales para caracterizar el objeto de protección de los tipos. Habiendo cuenta de la especial relación que una a esos sujetos con los organismos en que se integran y la referencia, expresamente resaltada en la propia rúbrica, al cargo, no parece difícil seguir el proceso mental que ha llevado a determinar que el deber (o deberes) del cargo es lo que encuentra protección con la existencia de tales delitos, que la infracción de tal deber (o de cada particular deber) es lo que configura completamente la antijuridicidad de los respectivos tipos.

B) A abandonar este orden de ideas no ayuda, sino al contrario, refuerza la línea de interpretación, la más conspicua doctrina extranjera: una interpretación similar es la que proporciona la doctrina alemana dominante respecto de los "Straftaten im Amte", que puede estimarse como la agrupación dentro del StGB paralela al Título VII

(950) Aparte de su relación con las infracciones disciplinarias. Tema al que aludiré más adelante.

del Código Penal español. Respecto a la doctrina italiana, con más posibilidades dado que la rúbrica del Título II del Libro II, "Dei delitti contro la pubblica amministrazione", permite más fácilmente distintas hipótesis interpretativas, ha preferido examinar la "pubblica amministrazione" desde la perspectiva del Estado, a examinarla en su relación con el ciudadano; de esta manera, aceptando la óptica de las funciones públicas, ha resaltado, fundamentalmente, no las relaciones de dicha "pubblica amministrazione" con los justiciables y administrados, sino las de las personas físicas que la integran (951) con el Estado; determinar, pues, la "función pública" como bien jurídico generalmente atacado por todos esos delitos y, posteriormente, concretar para cada uno de ellos la infracción de un determinado deber del funcionario público para con el Estado como contenido exclusivo de la antijuridicidad, es una lógica consecuencia del aludido punto de vista inicial.

C) Todo ello denuncia hasta qué punto determinados ámbitos del Derecho Penal fueron sólo parcial y confusamente influídos por las ideas individualistas. Por ello la legislación penal de estos ámbitos, es un reflejo parcial y confuso de tales ideas, de manera que lleva a la realización de determinadas modificaciones (sistematización en títulos diferentes de los delitos contra el Estado y los "delitos del cargo"), pero también a la conservación de conexiones propias del absolutismo que intenta superar.

(951) "Pubblici ufficiali" a efectos penales y, por extensión a esos mismos efectos, las "persone incaricate di un pubblico servizio" y las "esercenti un servizio di pubblica necessità".

D) Una cosa es la parte del ordenamiento que se refiere a la organización de las actividades desarrolladas por el Estado (Derecho disciplinario) y otra la parte penal de ese ordenamiento que se refiere a la realización de conductas que resultan dañosas para aquellos a quienes están dirigidos (en su favor) tales actividades estatales. En la primera, domina la consideración de lograr una buena organización; de que aquellos a quienes el Estado ha conferido el desempeño de tales actividades, las desempeñen correctamente, tal y como el Estado desea. Ello engendrará deberes que toman su fuerza, su razón de existir, precisamente de la idea de mantener tal organización. En la segunda, en cambio, prima la consideración del individuo y del individuo socialmente agrupado; por tanto, de que las actividades estatales a él, a ellos, dirigidas, les sean correctamente prestadas, tal y como estos individuos exigen y precisan. Ello engendra la necesidad de proteger determinados valores socialmente queridos (necesarios): independencia e imparcialidad en la Administración de justicia; legalidad, imparcialidad, buen funcionamiento en la Administración Pública. Determinados ataques a estos bienes jurídicos suponen atacar, al tiempo, otros cuya titularidad corresponde a cada individuo (honor, "honestidad", libertad, seguridad), dándose así múltiples casos de delitos pluriofensivos, en los que, sin embargo, el legislador estima prevalentemente atacado alguno de los citados en primer lugar, y atiende a ello a efectos de sistematización (952).

Si la coordinación entre ambas parcelas del ordenamiento (Derecho disciplinario y Derecho penal) está correctamente realizada, no hay duda de que el ataque a uno

(952) V., más atrás, n. 326.

de los apuntados bienes jurídicos a través de la comisión de un delito (o el ataque a la organización administrativa mediante la comisión de una falta disciplinaria), implicará el quebrantamiento de alguno de los deberes también indicados. Esto, sin embargo, no puede llevar a concluir que la antijuridicidad de esos delitos (o de esas faltas) consiste por completo en tal quebrantamiento. Ni mucho menos. Como lo muestra el hecho contrario, esto es, que no toda infracción de alguno de esos deberes supone el ataque a alguno de dichos bienes jurídicos.

E) En cada uno de los delitos de la Sección II, del Capítulo II, del Título II, del Libro II, del Código Penal hay también la infracción de un deber cometida por el funcionario público sujeto activo, y, sin embargo, nadie mantiene que en esa infracción reside el contenido de la antijuridicidad de tales delitos, ni que éstos sean las cuantitativamente más graves faltas disciplinarias elevadas a la categoría de delito. Ello se debe, en mi opinión, a la facilidad con que se puede determinar el bien jurídico atacado por estos delitos; bien jurídico que se residencia en los derechos de la persona que, mostrando con ello la comodidad de la búsqueda, suelen tener un reflejo constitucional explícito.

Esta perspectiva de la antijuridicidad de los delitos de dicha Sección, responde, sin duda, al influjo de las ideas individualistas, que hacen variar la orientación de estos delitos de funcionarios: tan conectados, como he señalado, a la lesa majestad en la etapa absoluta, bajo el peso de las nuevas ideas, ya no miran tanto al Rey absoluto (ahora Estado) cuanto a los individuos, ya no se configuran como actos de infidelidad hacia el Estado (los funcionarios no actúan como su señor quiere) cuanto como un ataque a los derechos que los ciudadanos

ostentan precisamente frente al Estado (953)

Ello no obstante, todavía conservan lazos que les atan a la estructura del antiguo régimen. Así, el hecho

-
- (953) V. una última vía de superar también esta segunda visión en Antonio GARCIA PABLOS, "El llamado "Derecho Penal político de nuevo cuño", sus presu-
puestos y directrices", en CPCr., no. 2, Madrid, 1977, pg. 61: "El Estado no debe entenderse como "aparato de poder", sino como "comunidad"
.. Tal Estado aparece no contrapuesto al "indiv-
duo", sino como vértice de una relación "triangu-
lar" -Estado-individuo-comunidad-, que supera
una visión estrictamente liberal y negativa de
los derechos individuales como derechos "frente"
al Estado y conduce a otra positiva que ve en
los mismos el cauce de participación "en" la comu-
nidad" (los subrayados y entrecomillados en el o-
riginal) y pg. 66: "El "Estado" debe entenderse
no como "aparato de poder", como conjunto de per-
sonas" o "instituciones", sino como "comunidad",
como factor aglutinante de la totalidad de fuer-
zas sociales vivas. Los derechos "individuales"
no deben seguir contemplándose, desde la óptica
decimonónica, como derechos "frente" al Estado
(función negativa), sino como expectativas de "par-
ticipación en" el Estado (función positiva y de-
mocrática). La dicotomía clásica: "Estado" -"in-
dividuo", debe ser, en adelante, una relación "tri-
angular" : "Estado"- "Comunidad" - "Individuo"
(subrayados y entrecomillados en el original).
Lo que ocurre es que para dejar de entender al Es-
tado como aparato de poder, aquel tendría que de-
jar de ser un aparato de poder. Si esto es desea-
ble o, por el contrario, no se pretende tal, sino,
considerando al Estado como un mal menor, cambiar
a quienes detentan y están representados por di-
cho poder y el uso que se hace de éste; si existen
ya las condiciones para que el Estado deje de ser
un aparato de poder; o, incluso, si esto es posi-
ble; es un conjunto de cuestiones que trascienden
de los límites de este trabajo, pero que, en cam-
bio, deben solventarse para que la propuesta reco-
gida pueda tener visos de practicabilidad. Hoy
por hoy, el Estado es un aparato de poder; y este
poder tiene estricta configuración de clase: es el
poder burgués. El cual patrocina deliberadamente
el espejismo por el que todos nos vemos libres e

de que en el Código Penal español vigente se sitúen entre los delitos contra el Estado, contra su seguridad interior (954), ó el que si "las penas asignadas a los funcionarios en esta Sección son benignas en comparación con las que se pueden imponer a los particulares por delitos similares", "ello se debe quizás a que en los delitos cometidos por los funcionarios se tipifica más que una lesión de los derechos de los particulares un abuso en las funciones conferidas al funcionario respecto a esos derechos o un mal entendimiento de esa función" (955).

-
- ... iguales en el Estado, dentro del que ejercitamos nuestros idénticos "derechos", dejando para la sociedad civil que le subyace la realidad del poderoso y los débiles que refuta todo lo anterior, pero que no impide esgrimir, buscando la ofuscación, el primer argumento: el reino de la igualdad de los derechos políticos.
- (954) Alguna doctrina ha intentado superar esta visión arcaizante (flagrante expresión del pensamiento autoritario del legislador, que en 1944 con "la actual configuración del Cap. II del Tít. II del Libro II del C.p. ha truncado la tradición personalista de los Códigos precedentes en un planteamiento estatalista" -R. RAMOS, "Libertades cívicas...." cit., pg. 357, en igual sentido p. 347) volviendo precisamente a nomenclaturas sistemáticas provenientes de aquellos Códigos: así, RODRIGUEZ DEVESA, que habla de los "delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos individuales reconocidos por la Constitución del Estado", a los que sitúa dentro de los "delitos contra las libertades individuales garantizadas por la Constitución del Estado" ("Parte Especial" cit., pgs. 669 y s.s. y 638 y s.s. respectivamente); aunque siempre bajo la presión de la rúbrica legal, incluyendo tales delitos en última instancia, entre los contra el Estado (RODRIGUEZ DEVESA, "Parte Especial" cit., pg. 529 y s.s...).
- (955) MUÑOZ CONDE, "Parte Especial" cit., pg. 556. R. RAMOS resalta como "mientras los preceptos y las penas de la Primera Sección... se han visto (en 1944) notablemente agravados en extensión e intensidad, respecto a los inmediatos antecedentes históricos,

Obsérvese como en esta última apreciación, se critica una postura legislativa que es precisamente la que poco después, de modo lamentable, patrocinará la doctrina dominante respecto a los delitos del Título VII: el ataque a los funcionarios públicos manifestado en infracciones de los deberes que tiene el funcionario público con el Estado; según una contemplación de las actividades que desarrolla el Estado, orientadas hacia éste y no hacia los ciudadanos a que van dirigidas.

En efecto, respecto de los delitos contenidos en el Título VII, en el que, a diferencia de los del Título II, aparentemente nada obliga en su rúbrica a una tal orientación (956), para nada se recuerda que deben el origen de su autonomía sistemática al influjo iluminista. No cabe duda, por lo que llevo dicho, que este vicio toma su raíz ya en el origen de la codificación, como lo muestra el hecho comparativo de que mientras respecto de los delitos de la actual Sección II, Capítulo II, Título II, el legislador, hasta 1944 (957), cuida de resaltar que

... los correspondientes a la sección segunda...no han padecido la citada perturbación", afirmando a continuación que "si la seguridad interior del Estado no se ve amenazada, al menos en apariencia, a corto plazo, por los abusos represivos de los funcionarios públicos y, en cambio, si puede correr más riesgos por abusos en el ejercicio de tales libertades, este contraste viene a ser una prueba más a favor del denunciado defensismo del Estado e indefensión del particular" ("Libertades cívicas..." cit., pg. 351). El propio autor añade: "En igual sentido y a partir de la misma relación de contraste, hay que hacer constar que las represiones de las libertades individuales, llevadas a cabo por los funcionarios públicos, suelen resultar privilegiadas respecto a otras figuras del Código de analogía o igual naturaleza nuclear, mientras que los tipos relativos a los particulares -sección 1a. -recogen en igual planteamiento un trato cualificador en base a la tan aludida obsesión defensista" (ob. cit., pgs. 351-352).

su objeto de protección lo constituyen los derechos individuales del ciudadano reconocidos en la Constitución, para nada se alude en la rúbrica del actual Título VII, ni en la de sus predecesores, a la relación Estado-ciudadano. Más bien, al contrario, resaltando la cualidad personal como aparenta criterio clasificatorio, encauza al intérprete por el erróneo camino de la infracción de los deberes del cargo. Y, efectivamente, este es el seguido por la doctrina desde los primeros códigos penales.

Una interpretación correctiva, que, por lo demás, no encuentra obstáculo en la ley, debe realizar aquella operación que los padres de la codificación no quisieron hacer: no solo extraer de la esfera sistemática de los "delitos contra el Estado", los "delitos de cargo" (lo que ya está hecho), sino, además, no entender éstos últimos delitos como ataques contra el Estado, contra sus funciones. Es decir, a cambio entenderlos como dirigidos contra los individuos, contra el derecho de éstos a una Administración de Justicia independiente, imparcial, oportuna, no venal, etc., a una Administración Pública que actúe conforme a la legalidad, que se imparcial, que actúe oportunamente, sin injerirse en las esferas legislativa o judicial, no movida por el lucro u otros ilícitos motivos, buena administradora de la propiedad pública, etc.

6. El bien jurídico en el Derecho disciplinario de funcionarios y en el Tit. VII C.p.

...

- (956) Especialmente si se tiene en cuenta la mentada no integración del párr. 3o. del art. 119 en dicha rúbrica, en que la doctrina mayoritaria incurre.
- (957) Y aún en este Código la rúbrica de la Secc. y del Cap., ya que no la del Tít., seguirán resaltando los "derechos de la persona".

A) Sin duda alguna, al Estado, en si, en cuanto dotado, como queda dicho, de vocación prepotentemente autoritaria, no le interesan como tales, aisladamente, la independencia e imparcialidad y buen funcionamiento de la Administración Pública. Pasando por encima de todo ello, no atendiendo ninguna de esas cualidades, es más eficaz (más rápido, más flexible, más ágil, más capaz de adaptarse a cada situación, etc.). Si le interesan es en la medida en que no respetándolas origina el descontento social, porque engendra la tiranía; no respetando a los ciudadanos, a sus derechos, tiene en ellos su principal enemigo; no cumple, en realidad, sus fines, con lo que aquellos quedan legitimados para destruirlo: como así sucedió con la monarquía absoluta. Un mínimo instinto de supervivencia por parte del Estado, lleva a la conclusión de que es preciso amparar tales cualidades, tales valores socialmente deseados (958). Lo que da entrada al derecho penal.

B) En un plano anterior (aunque no en el tiempo, si no sobre el actual planteamiento) al acabado de apuntar, precisamente porque está determinado, dirigido a él, que da la necesidad de que el Estado y los demás "entes" públicos cuenten con una buena organización de sus servido

(958) V. sobre las contradictorias necesidades de legitimación del Estado, Jürgen HABERMAS, "Problemas de legitimación en el capitalismo tardío", Buenos Aires, Amorrortu, 1975, passim y en especial, pgs. 15-48 y 119-170. En vía política, la cuestión que inmediatamente se plantea es, obviamente, si con ello quedan colmadas todas las necesidades sociales ó, cuando menos, si el Estado es capaz de satisfacerlas sin originar algún tipo de opresión (con lo que dejaría insatisfecha la primera necesidad social); lo que pone, a su vez, en cuestión al propio Estado, no ya a uno u otro tipo de Estado (Estado absoluto o Estado gestor), sino la idea misma de Estado. Pero esto es otro tema.

res (959). Las actividades que desarrolla el Estado y los "demás entes" públicos para atender a los ciudadanos, consisten en lo que éstos quieren y exigen; esto supuesto, los funcionarios que las desempeñan deben hacerlo como lo quiere el Estado y los "entes" públicos a que sirven (pero, y esto es fundamental, tal voluntad tiene que coincidir precisamente con la manera de prestar en las mejores condiciones posibles los servicios requeridos por los ciudadanos: he aquí la conexión), lo que determina el nacimiento de una disciplina dirigida a mantener esa organización: Derecho disciplinario. En esta perspectiva, es donde podría adquirir toda su virtualidad la afirmación de NIETO de que "el Derecho Disciplinario deja de ser considerado una rama del Derecho Penal para convertirse en el objeto de una potestad doméstica de la Administración sobre sus empleados" (960), donde podría comprenderse porque la doctrina administrativista mantiene que a diferencia de las "posiciones que ... derivan del título general que relaciona al poder público y a los súbditos", existe respecto de los funcionarios un título especial que implica por sí solo una supremacía también singular de la Administración por lo mismo que hace relación a su organización y funcionamiento y las facultades dispositivas sobre estos aspectos no

(959) En términos no solo de "eficiencia" o de "eficacia" (que marcan un punto límite entre "delitos de funcionarios" e ilícitos disciplinarios de funcionarios, respecto a la antijuridicidad de cada uno de ellos), sino también de calidad (que es a lo que parece aludir REICHARDT cuando señala la existencia de un interés no solo a que el funcionario ejerza su cargo conforme a Derecho, sino también a la "bondad" de tal ejercicio, para cuya protección se apresta el Derecho disciplinario "Kurzgefasster Lehrbuch..." cit., pg. 449).

(960) "Problemas capitales..." cit., pg. 66.

pueden ser enajenados por la Administración" (961).

Pero, estudiando estas opiniones fuera de ese contexto (y es realmente fuera de él como se presentan), lo que auténticamente hacen es olvidar el fundamental dato antes subrayado: que la voluntad del Estado en orden a como deben desarrollar las actividades funcionariales los empleados públicos, tiene que coincidir con la manera de prestar en las mejores condiciones posibles los servicios requeridos por los ciudadanos. Porque, en definitiva, como certeramente dice STORTONI, "la buena organización de por sí es un bien instrumental" (962).

(961) GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." T. I. cit., pg. 134,; el subrayado es mío. Que este es el fundamento del derecho disciplinario, por lo menos de las sanciones de esta índole, lo indica también BAJO, como ya he señalado: V. más atrás, nota 895.

(962) "L'abuso...." cit., pg. 156.

La diferencia que de esta manera se dibuja entre Derecho penal y Derecho disciplinario, resulta especialmente patente si se contempla la Administración de Justicia, en donde el contraste se da mucho más claramente que en la Administración pública. En efecto, los jueces son para la Administración unos funcionarios sometidos a una determinada disciplina, cuya infracción se castiga; mientras que en relación a los ciudadanos se pretende que no representen tal papel de funcionario: como el propio GARCIA DE ENTERRIA dice, lo mismo que en el derecho inglés en el Derecho continental el juez "tampoco es un órgano del Estado, sino del Derecho. Es viva voz iuris, iuris dictio, directamente vinculada al Derecho, sin insertarse jerárquicamente en su función sentenciadora en ninguna organización, sin perjuicio de que esta le designe, le sostenga y ponga al servicio de sus decisiones su propia fuerza. Lo cual se justifica fácilmente sin más que recordar que el Derecho no es un producto de la "voluntad del Estado", sino una función de la comunidad..." ("Curso..." T. I. cit., pgs. 24-25; subrayados y entrecomillados en el original).

Al olvidar ese dato, tales opiniones no sirven a la idea aquí mantenida. Y, así, para GARCIA DE ENTERRIA, esta "potestad de autodisciplina que la Administración ejercita al operar sobre su propia organización (y derivativamente sobre quienes con la misma están conectados) se traduce en una libertad virtualmente general en dicho ejercicio (aunque no exenta por ello de todas las limitaciones que hemos expuesto como propias del poder reglamentario)" (963).

... Distinguidos estos dos planos, relacionados pero con su particular independencia cada uno de ellos, se concluye que cuando el juez, desoyendo lo pretendido por la comunidad, ataca valores socialmente queridos, situados más allá de su estricta esfera organizativa, hace que intervenga el Derecho penal. Mientras que cuando su acción no afecta al "orden general", sino que simplemente supone un ataque al "orden interno", interviene únicamente el Derecho disciplinario. Por el contrario, en mi opinión (teniendo en cuenta el contexto descrito en el que la relación derecho penal- derecho disciplinario se sitúa), los primeros de esos dos ataques aludidos, si la coordinación entre este derecho disciplinario y ese derecho penal está correctamente trazada, podrán llevar consigo también la infracción de una norma disciplinario, la cual, individualmente considerada, justificaría la independiente intervención del Derecho disciplinario, pero considerada en relación al ataque al valor social "externo" de que se trate, estará inequívocamente embebido en él y quedará sancionada con la aplicación de la norma correspondiente al delito "de funcionarios" cometido.

De la misma manera, el funcionario de la Administración pública, según la perspectiva que se adopte, es un servidor de la Administración, cuyas infracciones en el servicio sanciona el derecho disciplinario, o un servidor social, cuyos ataques a las cualidades que se exigen para este servicio puede llegar a castigar el Derecho penal y cuando así sucede, no tiene lógica imponer también la sanción disciplinaria. Sobre todo ello volveré más extensamente en pgs. posteriores.

(963) "Curso...." T.I. cit., pg. 134.

No puede ser de otra manera para quienes piensen que la Administración debe subsistir según una determinada configuración: privada de esa capacidad de autodisciplina, o considerablemente limitada, pierde uno de los más importantes pilares sobre los que tal configuración se apoya.

c) Ahora bien, dicho fenómeno no se advierte solamente en este terreno, sino que en otros ámbitos del genérico derecho disciplinario pueden encontrarse análogas características.

Así, en el Derecho disciplinario laboral, como crudamente ha resaltado PAŠUKANIS: "..... la autoridad en el interior de la empresa constituye un asunto privado de cada capitalista individual. La instauración de norma internas es un acto de legislación privada, es decir, un elemento auténtico de feudalismo, aunque los juristas burgueses tratan de ocultarlo para dar a la cuestión un sesgo moderno construyendo para ello la ficción de un pretendido "contrato de adhesión" o reconduciéndolo a la particular potestad que el propietario capitalista recibiría de los órganos del poder público para "desarrollar con éxito las funciones de la empresa, necesarias y socialmente útiles" (964). Obviamente, no persiste una situación con perfiles tan acusados, pero si con los suficientes como para, al menos, aceptar este origen. Así, el art. 34 de la Ley de Relaciones Laborales de 8-IV-1976, dice: " 1. Los trabajadores podrán ser sancionados por la Dirección de las empresas, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones en las disposiciones legales de carácter general, en cada Ordenanza Laboral o en el

(964) "Teoría general del Derecho y marxismo" cit., pgs. 120-121.

Convenio Colectivo que sea aplicable. / 2. La valoración en las faltas y las correspondientes sanciones impuestas por la Dirección de la Empresa serán siempre revisables ante la Magistratura de Trabajo....", en el no. 4 del propio artículo se establece un plazo de prescripción según la gravedad de la falta; al margen de ello no deben perderse de vista los Reglamentos de Régimen Interno de la respectiva empresa.

Por el contrario, entiende CASABO, al tratar de la vieja discusión sobre la diferencia cualitativa o cuantitativa entre ilícito penal e ilícito disciplinario administrativo, que: "La tesis administrativista parece suponer la traslación de una imagen ius-privatista a una materia que puede que no lo consienta, pues quizás no sea correcto personificar las relaciones públicas. El que los sujetos a la disciplina pública cumplan con sus obligaciones no es materia privativa del Estado, a modo de empresario, sino de toda la sociedad. Esto no supone negar, en modo alguno la existencia de especiales deberes respecto del Estado en algunos ciudadanos, pero tampoco cabe desconocer la naturaleza pública de tales obligaciones, por lo que no creemos pueda justificar la diferenciación sustantiva de otros deberes públicos. Además, cuando el Estado actúa en el ejercicio de la disciplina, no lo hace tan sólo en virtud de un poder específico, análogo al de un pater familias o al de presidente de una sociedad recreativa, sino en salvaguarda y defensa de un indudable interés social. Por consiguiente, no parece que puedan contraponerse, en este punto, los derechos de soberanía y los de supremacía especial" (1965).

(1965) "Comentarios...." cit. T. II, pg. 92.

Sin embargo, como se ve ("a modo de empresario"), el autor últimamente citado acepta la caracterización que rechaza para el Derecho disciplinario laboral (1966). ¿Qué motiva tan diferente apreciación?. La respuesta se desprende del texto: el hecho de que los funcionarios están sujetos "a la disciplina pública", en contraposición, parece, a los sujetos a una disciplina privada: un ámbito coactivo (dado que la materia concierne "a toda la sociedad"), frente a un ámbito de libertad (donde impera un interés particular); la oposición de dos "naturalezas", la "naturaleza pública" de las obligaciones funcionariales y la "naturaleza" privada de las laborales. En definitiva, la aceptación de la mistificadora diferenciación entre "Derecho público" y "Derecho privado". He aquí, en mi opinión, la llaga donde hay que poner el dedo.

D) Precisamente, la referencia al Derecho del Trabajo no va a ayudar a la clarificación. Pues si, ciertamente, la opinión dominante señala que se trata de un derecho privado, esa misma opinión igualmente admite que tal derecho está tan publicificado en algunos aspectos que, como solución a la contradicción que ello supone, mayoritariamente ha optado por entender que constituye un "tertium genus", en el que coexisten elementos caracterizados del derecho público y del privado; de manera que se habla de su doble "naturaleza" pública y privada ó, nega-

(1966) Y también, a través de las menciones del "pater familias" y del "presidente de una sociedad recreativa", para lo que alguna doctrina ha llamado "derecho penal familiar" y "derecho penal de las corporaciones" o de "sociedades"; V. (críticamente: "los pretendidos derechos penales") RODRIGUEZ DEVESA, "Parte General" cit., pgs. 25 y s.s., en especial respecto del "derecho penal familiar", pg. 28, n. 76: "El Derecho" penal "disciplinario solo puede venir aquí en cuestión en cuanto significa la imposición de sanciones públicas. Por ello, omito toda referencia a ese intitulado Derecho penal disciplinario familiar".

tivamente, ni pública ni privada. Así, en España, la doctrina dominante es unánime al rechazar la inclusión del Derecho del Trabajo en la categoría del derecho público o del derecho privado en forma exclusiva (967). Ante este panorama, y con las disculpas que sean menester por el atrevimiento, me inclino a pensar, con WIETHÖLTER (que ironiza sobre la artificiosidad de la distinción, así como sobre la adscripción del Derecho del Trabajo a una u otra de las categorías y sobre los intentos de asignarlo a un nuevo tipo de "Derecho Social"), que se debe subrayar la necesidad de olvidar las discusiones sobre la "naturaleza" del Derecho del Trabajo y centrarse en temas tales como contenidos, criterios interpretativos, objetivos, etc. (968).

La forma de asumir "naturaleza pública" determinadas materias en el medioevo, la pone precisamente de relieve el propio PAŠUKANIS (969), quien asimismo indica la generalización del fenómeno en el momento de emergencia del "Estado" moderno", en el sentido burgués del término", so

(967) V., en este sentido, Gaspar BAYON CHACON -Eugenio PEREZ BOTIJA, "Manual de Derecho del Trabajo", 10a. ed., Madrid, Marcial Pons Distribuidor, 1977, Vol I, pgs. 31-34; Manuel ALONSO GARCIA, "Curso de Derecho del Trabajo" 4a. ed., Barcelona, Ariel, 1973, pgs. 113-114; Luis Enrique DE LA VILLA GIL, "Esquemas de Derecho del Trabajo", Valencia, multicop., 1972-1973, pgs. 39-40; Alfredo MONTOYA MELGAR, "Derecho del Trabajo. I: Concepto y evolución", Murcia, Escuela Social de Murcia, 1973, pg. 49. Excepción en esta línea es Manuel ALONSO OLEA, que no se plantea el problema. Entre los no "especialistas" la opinión es concordante con la mayoritaria antes apuntada: V., J.R. PARADA VAZQUEZ, "Derecho administrativo, Derecho privado y Derecho garantizador" en RAP, no. 52, enero-abril, 1967, pgs. 81-82

(968) "Le formule magiche della scienza giuridica" cit., pgs. 223 y s.s..

(969) Ob. cit., pgs. 116-117.

bre la base de que éste "nace en el momento en que la organización de grupo o de clase engloba relaciones mercantiles suficientemente amplias": "en la medida en que la autoridad aparece -dice- como garante de estas relaciones se convierte en una autoridad social, un poder público, que persigue el interés impersonal del orden" (970).

La dicotomía derecho público-derecho privado, es sabiamente empleada (potenciándola) por la burguesía tras la Revolución Francesa: al primero se le caracterizará fundamentalmente por las notas de coactividad, bien común y estatalidad; el derecho privado, en cambio, creará un ámbito de libertad, el reino de la "autonomía de la voluntad" (971)-, donde ágilmente se mueven esas relaciones, que, de esta manera, se presentan ajenas al círculo de poder, situado en el primer ámbito; pero será precisamente a éste, al derecho público, a quien se encargue el amparo de las libertades individuales, que, en su expresión "libertades formales", reflejan a las claras, con su segundo término, su real configuración así obtenida (972).

(970) Ob. cit., pg. 117.

(971) V. las apreciaciones críticas de BARCELONA, HART y MÜCKENBERGER en torno a la "autonomía privada y la libertad contractual" y al "dilema entre libertad y vínculo (coacción)", en los trabajos que incluyen en "La formación del jurista" cit.; más en general, sobre "la libertad y la igualdad" de los hombres como entidades fantasmas" que "son abstractas y formales en la medida en que constituyen valores simplemente postulados como accesorios para la estructuración de las normas", V., Nicos POULANTZAS, "El examen marxista del Estado, del Derecho actual y la cuestión de la 'alternativa'", en "Marx, el derecho y el Estado", por U. CERRONI y otros, Selección, traducción e introducción de J. R. Capella, Barcelona, Oikos-tau, s.a.- ediciones, 1969, pg. 88 y ss..

(972) De manera extraordinariamente gráfica lo expresa Leopoldo ALAS ("Clarín") cuando dice: "Lo primero que se hace al pueblo con su soberanía es ponerse

Frente a ello, me parece coherente mantener con BULLINGER que: "Seguir entendiendo al Derecho público y al Derecho privado como íntimamente contrapuesto el uno al otro apenas puede ya justificarse. Puesto que una equiparación valorativa de la diferencia entre Derecho público y privado con la contraposición de un orden coactivo a un orden de libertad, de un orden del bien común a un orden del interés propio y egoísta, o de una esfera estatal a un ámbito individual, una equiparación semejante no se corresponde con la usual división dualista de la dogmática jurídica y puede conducir, por ello, a confusiones de importancia; además de que lleva fácilmente a un prejuicio global en favor de una u otra esfera jurídica e impide así la necesaria reconducción de la metodología al logro constructivo de un derecho común diferenciado, que acabe con la división dual misma" (1973).

E) Consecuencia de todo ello es que las reproducidas opiniones de NIETO y de GARCIA DE ENTERRIA no pueden aceptarse sino con tan extraordinarias correcciones que,

... la donde no la vea; como voto, el ciudadano es tan soberano como cualquier otro; pero como hombre, ni siquiera es dueño de sí mismo", "Prólogo" a la "Lucha por el Derecho" de R. von Ihering, versión española de Adolfo POSADA, nueva ed., Madrid, 1921, pg. LXIII.

(1973) Martin BULLINGER, "Derecho público y Derecho privado", traducción y nota preliminar de Antonio Esteban Drake, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1976, pg. 164. Sobre la superación de la dicotomía derecho público-derecho privado, por la identidad de los objetivos de base que comúnmente tratan de perseguir ambos derechos, V. Stefano RODOTA, "Ipotesi sul diritto privato", en Stefano Rodota "Il diritto privato nella società moderna" (Saggi a cura di...), Bolonia, Il Mulino, 1971, pgs. 9-21; Pietro BARCELLONA, "Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici", Milano, Giuffrè, 1969, especialmente

desde luego, significan un punto de vista diferente al de estos autores, al que me referiré posteriormente.

7. Conclusiones generales del apartado V.

Primera. Resulta necesario realizar una investigación sobre el razonamiento que ha conducido a mantener como objeto de protección de los "delitos de funcionarios" al "deber del cargo", por cuanto este insatisfactorio resultado implica una concepción política incompartible, una visión formalista y abstracta del bien jurídico reñida con la necesidad de determinación y una función del bien jurídico exactamente contraria a la función limitadora que este debe cumplir.

Segunda. El "deber del cargo" nunca puede considerarse como bien jurídico, sino, bien distintamente, como concepto que existe en función de la protección de un bien jurídico.

Tercera. Seguir una perspectiva unilateral de vinculación de los "delitos de funcionarios" con el Estado, en cuanto que este posee en si mismo, cualquiera que sea su concepción (aunque, obviamente, de modo más patente cuando se trata de una concepción totalitaria), una "vocación prepotentemente totalitaria", determina la configuración exclusiva de los "delitos de funcionarios" como infracciones del deber del cargo, del deber dimanante de la relación que liga al funcionario con el Estado.

Cuarta. La admisión en sede penal de la doctrina,

... pgs. 1-35; Giuliano AMATO, "L'interesse pubblico e le attività economiche private", en PD, no. 3, Bolonia, 1970, pgs. 448-462; WIETHÖLTER, "Le formule magiche..." cit., pgs. 84-85.

proviniente del campo administrativista, que distingue las relaciones de supremacía (o sujeción) generales de las especiales, como fundamento de la diferente caracterización de los "delitos de funcionarios" (basados en las últimas) respecto de los demás delitos (apoyados en las primeras), conduce necesariamente a la teoría del deber del cargo en los "delitos de funcionarios", que, de esta manera, ven sustituido su bien jurídico por tal deber, mientras que en el resto de los delitos el deber no se considera como bien jurídico, sino, todo lo más, como vía de acceso a la determinación de éste.

Quinta. Esta misma teoría aplicada a la distinción "delitos de funcionarios" - faltas disciplinarias de funcionarios, produce ahora el mismo efecto respecto a estas últimas que antes en relación a aquellos, lo que tampoco es admisible. Como mínimo, dichas faltas disciplinarias están en función de un bien jurídico: la organización administrativa, que, por otra parte, se presenta como un concepto instrumental que permite acceder a la determinación del objeto de protección en los "delitos de funcionarios".

Sexta. Para la consideración y determinación de este objeto de protección, es preciso modificar la visión que implica la teoría del deber del cargo: esta, poniendo de manifiesto el totalitarismo que la subyace, se refiere exclusivamente a la alteración de las relaciones funcionario-Estado que los "delitos de funcionarios" pueden implicar, siendo así que lo relevante a los efectos penales es la posible alteración de la relación de servicio que vincula a la Administración con la sociedad.

Séptima. Hasta en los delitos en los que más directamente se manifiesta el antiguo principio de la "maiestas" estatal, como son, p. ej., los desacatos, se determina un deber en relación a un bien jurídico y no se to

ma a aquel por este. Aunque, ciertamente, la configuración que se da de este último en muchas ocasiones, supone un nuevo "vaciamiento" del contenido y función del bien jurídico, dada su amplitud y falta de estricta determinación, a más de su autoritarismo.

Octava. Si se examinan los distintos deberes que suelen proponerse como contenido único de la antijuridicidad de los distintos "delitos de funcionarios" del Tit. VII, Lib. II, C.p., se comprueba que, en realidad, tales deberes no agotan dicho contenido, sino que siempre están en función de la protección de un bien jurídico (así se comprueba, ad exemplum, en los delitos de desobediencia, abusos contra la honestidad, cohecho o prevaricación del art. 359).

Novena. Tanto la rúbrica del Tit. VII, como la doctrina alemana e italiana sobre los delitos de funcionarios, cuanto la defectuosa operación de autonomía pretendida por el iluminismo, como, por último, una viciada consideración de las relaciones "delitos de funcionarios" -faltas disciplinarias de funcionarios, favorecen el deslizamiento hacia la teoría del deber del cargo, que, en cambio, no resiste un análisis comparativo con los resultados, en punto a bien jurídico, a que conducen las mismas respectivas fuentes de influencia en otros delitos de funcionarios contenidos en el C.p. (singularmente, los de la Secc. II, del Cap. II, del Tit. II, Lib. II). En consecuencia, se impone una interpretación correctiva, que, por lo demás, no encuentra obstáculo en la letra de la ley, para lograr una autonomía, no meramente sistemática, de los "delitos de funcionarios" respecto a los delitos contra el Estado, basada en la protección de las diversas cualidades que deben acompañar al ejercicio de la actividad administrativa o judicial.

Décima. El objeto de protección en los "delitos de

funcionarios" se debe enfocar desde esta última perspectiva analítica de determinación de tales cualidades y relacionar correctamente (progresión medio a fin) con el objeto de protección en los ilícitos disciplinarios de funcionarios (organización administrativa), el cual, de la misma forma que en la crítica a la teoría del deber del cargo en los "delitos de funcionarios", no puede considerarse como el derivado de un "derecho interno" de la Administración. Esta última idea, resulta especialmente admisible si se comparte la opinión de que la distinción tradicional derecho público-derecho privado no tiene una auténtica consistencia, sino que, mas bien, fundamentalmente está al servicio del interés de clase que intenta ocultar la realidad del "derecho desigual".

VI. "DELITOS DE FUNCIONARIOS" Y DERECHO DISCIPLINARIO DE FUNCIONARIOS.

1. Planteamiento.

A estas alturas de la investigación, una mínima coherencia con la configuración que, más o menos implícitamente, se va dibujando en lo que lleva dicho, parece exigirme una más explícita toma de postura respecto al vidioso asunto de las relaciones entre el derecho penal y el derecho disciplinario. Ahora bien, ello plantea dos claros peligros: el de desarrollar una larga investigación dentro de la presente, toda una tesis dentro de la tesis, y el de, por mor de economía expositiva, una síntesis dogmatizante poco demostrativa de su procedencia, o bien un tratamiento superficial, minusvalorativo y tópico o de originalidad no fundamentada. Intentaré eludir ambos (sin pretensión de conseguirlo), aunque, conviene advertirlo, procurando la mayor brevedad posible. Lo que me exime de exponer muchas de las ya conocidas opiniones doctrinales sobre el tema, por otra parte ya recogidas y sistematizadas en distintos lugares por los autores españoles (974). A esta brevedad cabe añadir dos a-

(974) V., p. ej., Carlos GARCIA OVIEDO, "Las contravenciones de policía, en RGLJ, T. 149- Num. VI, diciembre de 1926, pgs. 601-637; Federico CASTEJON Y MARTINEZ DE ARIZALA, "Faltas penales, gubernativas y administrativas", Madrid, Instituto de Estudios de la Administración Local, 1950; José María STAMPA BRAUN, "Introducción a la ciencia del Derecho Penal", Valladolid, 1953, pgs. 51-53; Valentín SILVA MELERO, "El llamado Derecho penal administrativo en las direcciones contemporáneas", en ADPCP, T. XIII, Fasc. I, en mar. 1960, pgs. 27-35; NIETO, "Problemas capitales..." cit.; RODRIGUEZ DEVESEA, "Parte General", cit., pgs. 25 y ss.; CASABO, "Comentarios..." T. I, cit., pgs. 87 y ss.;

cotaciones, obvias en función de lo que acabo de decir y del objeto del presente trabajo: me referiré sólo al derecho disciplinario de funcionarios y lo haré en su relación con los llamados "delitos de funcionarios".

2. Precisiones previas.

En mi opinión, se impone, ante todo, precisar algu-

... Marino BARBERO SANTOS, "Heinz Mattes -In memoriam- en ADPCP, T. XXVII, Fasc. I, en ab. 1974, pgs. 5-23; CERESO, "Límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo", en ADPCP, 1975 y " III Jornadas de Profesores de Derecho penal", 1976, cits. y en "Curso...." cit. pgs. 44 y ss.; Federico BELLO LANDROVE, "El Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador en España: consideraciones generales y referencia a la LOP", en "Estudios Penales" por Agustín Fernández Albor y otros, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1977, pgs. 56 y ss.. Las posibilidades de entender según el idioma el término "disciplina", las señala RODRIGUEZ DEVESA en "La Acción Penal" y la "Acción disciplinaria" en el Derecho Militar español" (Comunicación al I Congreso Internacional de Derecho Penal Militar de Bruselas), Separata de la REDM no. 7, Madrid, Instituto Francisco de Vitoria, 1959, pgs. 4-6. A ellas me remito, sin otra comprobación. Quiero, no obstante, señalar que de las cuatro que acoge, me inclino más por la tercera, ya que la cuarta, que es la finalmente adoptada por el autor, denota un contenido formal que no se compadece con la ulterior argumentación de mi trabajo. Realmente, tampoco la tercera se aviene mucho, pero su vertiente objetiva ofrece una posibilidad de apertura en orden a la consideración del objeto de protección de esos "deberes".

nos puntos que, siendo de partida, condicionan o incluso determinan toda posterior conclusión.

A) Así, en primer lugar, el que se plantea, por ejemplo, a través de la siguiente afirmación de BAJO: "El poder disciplinario habita una zona pacífica en relación con el Derecho penal. El carácter de sus sanciones (desde la amonestación a la separación del servicio) y el fundamento que las justifica (las relaciones especiales de poder) difieren de los del Derecho penal. De ahí la posibilidad de su acumulación, legal y doctrinalmente reconocida" (975). Basada (976) en los argumentos utilizados por PARADA en su trabajo "El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal" (977), a mi entender concluye demasiado. En realidad, va más allá de lo probado por PARADA. Este se limita a señalar la situación en zona pacífica, no polémica, de la "justificación misma de que la Administración pueda sancionar a sus funcionarios" (978). Pasar de aquí a afirmar la no discutibilidad de los actuales planteamientos de las relaciones entre Derecho penal y Derecho disciplinario, excede claramente del fundamento que se toma.

Sobre todo para quien no se opone explícitamente a la doctrina española dominante que ve en los "delitos de funcionarios" del Título VII del Libro II del C.p. infracciones disciplinarias elevadas al "rango" de delitos.

De la argumentación de PARADA se puede extraer, efectivamente, que el carácter de las sanciones disciplinarias

(975) "El Derecho penal económico..." cit., pg. 115.

(976) BAJO, ob. y pgs. cit., n.º 97.

(977) RAP no. 67, enero-abril 1972, antes citado.

(978) ob. cit., pg. 46.

es abstractamente distinto del de las penas; más, no que el carácter que en la realidad positiva presentan, pueda llevar a admitir su acumulación: el correlato disciplinario de delito de prevaricación de funcionarios del art. 358 c.p. es, en el Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración Civil del Estado, la falta "muy grave" de "emisión de informes o adopción de acuerdos manifiestamente ilegales" (979), que pueda aparejar la imposición de la sanción de "separación del servicio" (980). ¿Cómo se articula la acumulación de esta sanción y la pena de inhabilitación especial prevista en el art. 358 C.p. (981)?.

Si de la opinión de PARADA se puede también colegir que difieren los fundamentos que justifican, respectivamente, sanciones disciplinarias y penales, ¿cuál es el sentido de la diferencia cuando, volviendo al caso anterior, I) según el art. 36 C.p. " la inhabilitación especial para cargo público produce los efectos siguientes: 1o. La privación del cargo o empleo sobre que recayere y de los honores anejos a él. 2o. La incapacidad de obtener otros análogos durante el tiempo de la condena", II) según el art. 37, 1 de la L.F.C.A.E., "la condición de funcionario se pierde en virtud de... c) Sanción disciplinaria de separación del servicio. d) Pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para cargo público..." (982), mientras que esa misma condi

(979) Art. 6,f).

(980) Arts. 17; 16,a); y 20, del mismo Reglamento.

(981) Adviértase que la inhabilitación especial a que se refiere este artículo es la para cargo público: Ver más adelante el cap. dedicado a la pena.

(982) En la misma Ley, el art. 38, no. 3, añade que "la pérdida de la condición de funcionario por separa

ción de funcionario se adquiere "por el cumplimiento sucesivo de los siguientes: a) Superar las pruebas de selección..." (art. 36, L.F.C.A.E.), III) según el art. 30, 1 de la L.F.C.A.E., "para ser admitido a las pruebas selectivas previas al ingreso en la Administración será necesaria: ... e) No haber sido separado, mediante expediente disciplinario, del servicio del Estado o de la Administración local, ni hallarse inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas" (1983), y, por tanto, este con-

... ción del servicio tiene caracter definitivo" y omite, en cambio, toda referencia al caracter definitivo o no de la igual pérdida que ocasionan las penas de inhabilitación absoluta y especial para cargo público. Ante ello cabe deducir que o bien lo deja a lo que el código penal diga al respecto, y esto es que las inhabilitaciones tienen un caracter temporal ceñido a la duración señalada por el art. 30 (de seis años y un día a doce años), o bien, a sensu contrario, que entiende que la pérdida de la condición de funcionario que originan estas inhabilitaciones no tiene caracter definitivo. El art. 50,4 del propio texto legal, señala que el funcionario en situación de suspensión firme derivada de "la imposición de la pena de inhabilitación especial para la carrera del funcionario o la absoluta para el ejercicio de funciones públicas", "causa baja definitiva... en el servicio, sin otra reserva de derechos que los consolidados a efectos pasivos", pero ello ocurre siempre y cuando "una u otra (pena) fueran con caracter perpetuo", en consecuencia, la baja no será definitiva cuando no se traten de penas perpetuas, sino temporales; y hay que recordar que las primeras (desde el C.p. de 1932) están proscritas del C.p., luego las que permanecen no ocasionan esa definitiva baja, sino baja temporal. V. el juego que desempeña el art. 50, L.F.C.A.E. respecto de las inhabilitaciones, más adelante en el capítulo de la pena.

(1983) La diferencia es clara, el art. no habla de haber sido inhabilitado, sino de hallarse inhabilitado; en el primer caso, se imposibilitaría cualquier futuro acceso a la Administración, mientras que en el segundo se imposibilitaría este acceso en tanto el

junto de preceptos permite deducir que mientras la separación del servicio produce la imposibilidad de por vida de volver al servicio de la Administración Civil del Estado, la inhabilitación para cargo público limita ese efecto al tiempo de la condena (que a tenor del art. 30 C.p. puede ser de 6 años y 1 día a 12 años), por lo que, cumplida ésta, existe la posibilidad de volver al mencionado servicio (984)?. En otras palabras: ¿Hacia donde se desplaza la diferencia entre los fundamentos que justifican la imposición de sanciones disciplinarias y penas

... sujeto se encuentra inhabilitado, no, en consecuencia, a partir del momento en que se termina la inhabilitación. No opera en este punto el art. 50,4 LFCAE, que se refiere a inhabilitaciones perpetuas hoy inexistentes.

(984) Me estoy refiriendo a que mientras la separación del servicio cierra la posibilidad de volver a acceder al funcionariado a través de los cauces normales, que empiezan por la selección el inhabilitado especialmente para cargo público, una vez transcurrido el tiempo de la inhabilitación puede volver a concurrir a esas pruebas selectivas. Aparte queda la más inmediata posibilidad de regresar al cargo público de que la inhabilitación ha privado al penado, a través de la rehabilitación, de cuya viabilidad en relación con las penas de inhabilitación me ocuparé más adelante (V. el cap. dedicado a la pena), pero que, en cambio, está en todo caso negada al sancionado con separación del servicio, pues el art. 38 LFCAE, por contraposición al tratamiento que otorga al que renuncia a la condición de funcionario (al que expresamente habilita "para nuevo ingreso en la función pública") y a la mujer que, casada con extranjero, recupera la nacionalidad española (a la que expresamente otorga la posibilidad de "solicitar la rehabilitación de la cualidad de funcionario"), niega tanto la habilitación de reingreso en la función pública, cuanto la posibilidad de solicitar la rehabilitación de la cualidad de funcionario, al funcionario que ha perdido "la condición de funcionario por separación del servicio", ya que impone (sin más matices) que esta "tiene carácter definitivo".

si, como se acaba de ver, alguna de aquellas es de mayor gravedad que la pena impuesta por la realización de una misma conducta?.

Nada de lo anterior permite afirmar que las relaciones entre Derecho penal y Derecho disciplinario sean pacíficas. Todo lo contrario: se hallan en una oscura zona polémica.

De otra parte, ¿las relaciones especiales de poder bastan para eludir el "bis in idem" que parecen implicar los catálogos de faltas disciplinarias (985) en relación con los delitos del Título VII del Libro II del C.p.? Dicho de otra manera: ¿El referido fundamento implica la existencia de una diferencia cualitativa entre ilícito penal e ilícito disciplinario, cuya configuración permite la coexistencia de ambos sin caer en un "bis in idem", o se limita a diferenciar cualitativamente pena y sanción disciplinaria mientras que entre los ilícitos existe una mera diferencia cuantitativa (986)? Esto no queda accla-

(985) P. ej., art. 88 LFCAE y arts. 6; 7 y 8 del Reglamento de Régimen disciplinario de los Funcionarios Civiles de la Administración del Estado.

(986) La opinión de CERESO sobre el tema, aunque no coincidente por completo con esta idea, es, al final, del mismo corte. En efecto, este autor, habiendo sentado una diferencia exclusivamente cuantitativa entre lo ilícito penal y lo ilícito disciplinario, arranca de la no distinción esencial entre sanción disciplinaria y pena, las que, sin embargo, acaba por diferenciar, ya que no por su fundamento, si por sus fines, más amplio en la primera que en la segunda. En este sentido, dice: "Entre lo ilícito disciplinario y lo ilícito penal no hay sino una diferencia de grado. El legislador extiende la amenaza de la pena a las formas más graves de lo ilícito disciplinario"; por su parte, "la sanción disciplinaria y la pena no se diferencian esencialmente", en el sentido de que

... ambas" han de ser justas, adecuadas a la gravedad de la infracción y necesarias"; sin embargo, "la sanción disciplinaria....., dentro del límite máximo marcado por la justicia, tiene en cuenta no solo los fines de la prevención general y la prevención especial, sino las exigencias del prestigio y el buen funcionamiento de la Administración" y concluye, "las sanciones penales y las sanciones disciplinarias son, por ello, independientes" ("Curso...." cit., pg. 46; "Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo" en "III Jornadas....." cit., pgs. 91-92 y en ADPCP 1975 cit., pg. 172; el subrayado es mío). Según CASA-BO, "debe considerarse superada la tesis de aquellos penalistas para quienes la pena supone retribución y la sanción disciplinaria corrección" ("Comentarios...", T. II. cit., pg. 93, n. 74). Por su parte, entiende NIETO que "hay que ser conscientes de que la pena -frente a lo que aseguran la mayor parte de las escuelas- no cumple un solo objetivo sino varios y que, por tanto, la pretendida contraposición de la sanción disciplinaria a cada uno de estos objetivos aislados y concretos, está condenada de antemano al fracaso. La función de la pena es múltiple (corrección, extirpación, prevención y expiación) y lo mismo sucede, en mayor o menor grado con la sanción disciplinaria, que indudablemente persigue también todos estos objetivos" ("Problemas capitales....." cit., pg. 80). El BVerfG alemán, en su sentencia de 2-V-1967, ha distinguido el Derecho penal del disciplinario en una doble vertiente: en primer término, indica que mientras el Derecho penal se funda en la protección de los bienes jurídicos de la sociedad y en la defensa del orden público, el ilícito disciplinario, en cambio, consiste en la perturbación de un orden especial que obliga a individuos determinados (funcionarios). En segundo lugar, considerando los fines respectivos, entiende que el objeto del Derecho penal es, aparte de la prevención general y especial, la retribución; la pena corresponde al valor jurídico lesionado por el delincuente y a la culpabilidad; mientras que la sanción disciplinaria es, según su carácter fundamental, medida de corrección y educación y pretende mantener un orden interno de la Administración; la pena criminal afecta al ciudadano en su esfera ordinaria (libertad y patrimonio), la sanción disciplinaria en su ámbito de derechos y deberes especiales. Pero, si se trata de una sanción disciplinaria que afecta a la libertad o al patrimonio del funcionario, la posible acumulación se sustituirá por un cómputo o abono de esta sanción, ya que el efecto de una sanción disciplinaria de este tipo es el mismo que el de la pena cri

rado con la simple afirmación de la pacificidad de relaciones entre Derecho penal y Derecho disciplinario, y, sin embargo, es precisamente lo que representa el nudo de la polémica sobre tales relaciones.

B) Si, efectivamente, las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario no se desarrollan de una forma clara, ésta no va a iluminarse, sino, muy al contrario, tenderá a aumentar la oscuridad del tema, a través de la fórmula que propone QUINTANO (y éste es el segundo punto que quiero precisar) respecto de algunos delitos y sus "correspondientes" faltas disciplinarias.

Este autor, refiriéndose a la posibilidad de comisión culposa de "las infracciones delictuales de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos", plantea el hecho de que éstas "infracciones", al mismo tiempo que delitos, "son susceptibles de constituir perturbaciones" al "servicio público", "sancionables por la vía administrativa" (987). En función de ello, dice: "En principio, precisamente por la exigibilidad de responsabilidades disciplinarias en el orden gubernativo, parece que éstas pudieran o debieran corresponderse con las formas culposas de comisión, reservándose para las dolosas las responsabilidades criminales propiamente dichas. Tal sucede, en efecto, en determinadas infracciones, como las de desobediencia del Capítulo V y las de anticipación, prolongación o abandono de funciones del VI, en que la

... minal. Anotando esta sentencia (NJW, 1967, II, pgs. 1651-1652), RUPP ha criticado severamente tanto la visión conservadora de los fines de la pena que implícita, cuanto, especialmente, la distinción que hace el Tribunal entre un orden Jurídico "externo" y un orden jurídico "interno".

(987) "Derecho Penal de la Culpa (Imprudencia)", Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1958, pg. 454.

ausencia de malicia en la conducta irregular del funcionario no acarrea otra sanción que la administrativa. Lo mismo creo respecto a los delitos de funcionarios en que la ley ha previsto expresamente tipos específicos de imprudencia, como los de prevaricación y malversación de los Capítulos I y X, siempre y cuando la culpa no adquiriese el grado de inexcusabilidad que le presta rango de delictivo. Así, por ejemplo, el juez que por negligencia o ignorancia que no fueren absolutamente inexcusables, dictare sentencia no manifiestamente injusta, no incurrirá en responsabilidad criminal, sino en la gubernativa correspondiente con arreglo a los preceptos orgánicos" (988).

La afirmación es sólo parcialmente cierta: evidentemente, en los señalados casos no hay responsabilidad penal y, evidentemente, puede, en cambio, haber la disciplinaria. Más, la cuestión crucial no es ésta (que, por lo demás, es obvia). La cuestión importante es si también hay responsabilidad disciplinaria cuando existe la penal. Dicho de otro modo, si cuando las señaladas conductas se cometen dolosamente o con el grado de culpa requerido por el tipo, además de los correspondientes delitos hay también faltas disciplinarias a ellos "correspondientes". De la argumentación de QUINTANO parece desprenderse que éstas últimas sólo nacen en los casos culposos o de culpa menor que la exigida para la conformación del delito de que se trate. He aquí lo falso de la afirmación. Para la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (art. 88), "se considerarán faltas muy graves: a)..... cualquier conducta constitutiva de delito doloso. Posterior

mente dicha ley preceptúa (art. 89) que "la gravedad o levedad de las faltas no enumeradas en el artículo anterior se fijará reglamentariamente en función de los siguientes elementos: a) Intencionalidad...." (989)

(989) No debe ocultarse, sin embargo, la fina intuición de QUINTANO. Si, como entiende NIETO ("Problemas capitales..." cit. pgs. 50 y ss.), la raíz de un derecho disciplinario ya con una cierta configuración de tal, se encuentra en los "delicta innominata" que aparecen junto a la lista de los "delicta nominata" en los contratos de servicios y en los documentos de nombramiento de los funcionarios, debe advertirse que el último paso en el surgimiento de tales "delicta innominata", según NIETO, "lo dió Von KREITTMAYER ("Anmerkungen ad Codicem maxilianum barbaricum civilem", V. 24), al hablar expresamente de delicta innominata, donde incluye todo lo que va culposamente contra las instrucciones o las peculiaridades del cargo per abusum vel non usum officii -vulgarmente, afirma, denominados excessus o malversationes-, y que no pueden enumerarse con pretensiones de exhaustividad" ("Problemas capitales...." cit. pg. 51; el segundo subrayado es mío). Ello, sin embargo, no significa que permanecieran así, como he señalado en el texto: de ahí la crítica.

Lo que, desde luego, no puede compartirse, ni siquiera a ese nivel, con QUINTANO (en este orden de ideas sobre culpabilidad), es la opinión que parece patrocinar cuando, refiriéndose a los "delictos de tráfico motorizado" y criticando las opiniones que quieren marginarlos de las exigencias culpabilistas, dice: "Por lo mismo creo que yerran los objetivistas, que en cambio acertarían caso de reintegrarse parte de esas infracciones al terreno administrativo" ("Tratado de la parte especial del Derecho penal" Tomo IV: "Infracciones contra la comunidad social", Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1967, pg. 486), con lo que, más o menos implícitamente, parece negar la necesidad de que en este terreno del derecho administrativo sancionatorio rijan, ¡por lo menos de algún modo!, dichas exigencias. Sobre la necesidad de que también en el derecho administrativo sancionatorio, y en particular en el derecho disciplinario de funcionarios, se aplique el principio y elementos de la culpabilidad, volveré más adelante. En función de ello me

En un primer análisis de estos preceptos, la conclusión parece ser precisamente la contraria que la apuntada por el citado autor: lo que en todo caso constituye falta disciplinaria son los delitos dolosos y además de ellos, otros supuestos, indicados en vía legal y reglamentaria, que igualmente pueden ser dolosos y no se niega que quizás también culposos.

La cuestión queda, pues, abierta.

C) A la vista de lo que inmediatamente precede y de otras apoyaturas legales (990), se impone otra puntualizaci

... parece absolutamente rechazable la concepción del ilícito administrativo en general y del disciplinario en particular, patrocinada por MONTORO sobre la base de la presencia o ausencia de culpabilidad (V. para el ilícito administrativo en general, Miguel MONTORO PUERTO, "La infracción administrativa. Características, manifestaciones y sanción", Barcelona, Ediciones Nauta S.A., 1965 pgs. 282 y ss.; y para el singular ilícito disciplinario, mismo autor, "Régimen disciplinario en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado", Madrid, Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, 1965, pgs. 16 y 17 y ss), tesis, por lo demás, que en su fundamento, ya rechazaba el T.S. antes de patrocinarla el autor citado: V., p. eje., STS 23-XII-1959 ("una estricta exigencia de prueba plena, que lleve al ánimo la convicción de culpabilidad, requisito que si paladinamente no consta en los preceptos del ordenamiento, es presupuesto ineludible para la aplicación de toda norma punitiva, según constante criterio jurisprudencial") y las citadas en ella.

(990) Fundamentalmente, cuando normativamente se formula una responsabilidad disciplinaria "sin perjuicio" de la penal: art. 4 Reglamento Disciplinario de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado, 81 de la LFCAE, 42,4 LRJAE, etc. V. Lorenzo MARTIN-RETORTILLO BAQUER, "Sanciones penales y sanciones gubernativas", en "Problemas actuales de derecho penal y procesal", Salamanca, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Salamanca, 1971, pgs. 17-18.

ción: paladinamente, que la voluntad del legislador parece ser buscar precisamente el "bis in idem". No ya en los casos de falso "bis in idem", casos en los que "en el ilícito penal no esté comprendido el deber disciplinario" (991), sino también en los que auténticamente debe regir el principio "ne bis in idem". Pero, de momento, dejaré aquí esta cuestión, para volver sobre ella tras hacer otras consideraciones que, estimo deben precederla.

3. La distinción "cualitativo-cuantitativa". Planteamiento inicial.

En mi opinión, entre el "delito de funcionarios" y la falta disciplinaria existe una "diferencia cualitativa": mientras en el primero la acción del funcionario se examina en relación al ciudadano, respecto del servicio (en sentido no técnico-jurídico, sino real) que ha de prestarle, en el segundo se atiende a la referencia al Estado, si actuó como éste quería conforme a los deberes nacidos de la relación que lo vincula con él. Pero, al propio tiempo, existe entre ambas categorías una mera "diferencia cuantitativa", en cuanto que dicho deber se inserta en la estructura del "delito de funcionarios", que, sin embargo, no se agota aquí: el delito significa el incumplimiento del deber y algo más, precisamente el ataque al bien jurídico que nace de la observación de la relación que une al funcionario (representante del Estado ó de un "ente" local) y al ciudadano.

El deber no existe por sí mismo, como ya he señalado, sino en relación al mantenimiento de una determinada organización que, como también he señalado, solo cobra legitimidad, a su vez, en función del servicio, del desempeño -

(991) CASABO, "Comentarios..." T. II cit., pg. 93.

de la actividad, a que está finalísticamente dirigida. Tiene, pues, razón COBO cuando dice que el deber "puede ser empleado como instrumento para encontrar" el bien jurídico, pero que ambos, deber y bien jurídico, "no coinciden necesariamente" (992).

4. La "diferencia cualitativa"

A) Desde la señalada perspectiva cualitativa se podría acoger la opinión de MAURACH de que: "El ilícito disciplinario es, pues, de naturaleza "interna"; se da, aun cuando no se debe temer una externa perturbación de la autoridad del Estado o de la marcha de la Administración -en contraste a los delitos de los funcionarios públicos en los que el bien jurídico está constituido por la confianza pública en la pureza del ejercicio de la función. El ilícito disciplinario no importa pues una forma atenuada (cuantitativamente menor), sino algo por completo distinto del injusto criminal..." (993). Pero, esta opinión podría aceptarse tras introducir algunas matizaciones tan profundas que, sin duda, desvirtúan el pensamiento del autor.

En efecto, no creo que pueda mantenerse que el bien jurídico tutelado por los "delitos de los funcionarios públicos", sea "la confianza pública en la pureza del ejercicio de la función". Si, sintéticamente, hubiera de determinarse un bien jurídico en los "delitos de funcionarios", éste no sería, en mi opinión, la confianza en la

(992) "Revisión del problema del consentimiento en las lesiones en el Código Penal" cit., pg. 259.

(993) "Tratado de Derecho Penal. Parte General" T.I, traducción y notas de Derecho español por Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ediciones Ariel, 1962, pg. 11.

pureza del ejercicio de la función, sino, precisamente, la pureza (994) del ejercicio de la función. Sólo protegiendo ésta podrá, quizás, lograrse tal confianza pública, pero no al revés (995); al margen de que una tal configuración más se aproxima a una especie de difamación que a un "delito de funcionario".

De otra parte, la afirmación de la "naturaleza interna" del ilícito disciplinario no puede llevar a configurar como una especie de coto privado, doméstico, de ámbito de libertad prácticamente ilimitada (996), el Derecho disciplinario. Tiene razón CASABO (997) cuando, cri

-
- (994) Entiendo el término de forma omnicomprensiva de las distintas calidades que se pueden exigir del ejercicio de la función, y no como sólo una de ellas.
- (995) Los evolucionados, y manipulados, medios de comunicación, pueden lograr, y de hecho en no pocas ocasiones lo han logrado, la segunda sin que vaya acompañada de la primera.
- (996) He aquí y a partir de aquí las correcciones que anuncié al final del apartado anterior respecto de las mencionadas opiniones de NIETO y GARCIA DE ENTERRIA. El intento de síntesis, al que alude el primero de ellos, partiendo de la neta diferenciación entre Derecho penal y Derecho disciplinario superador de la tensión que, en el más superficial de los análisis, puede detectarse entre ambos, ("Problemas capitales...." cit. pgs. 80 y ss.), creo que radica no sólo en su propuesta (jurisdiccionalización en alguno de los dos sentidos a que alude), aunque en ella también, sino en algo más que a continuación intentaré describir. V. Ampliación de Nota III.
- (997) "Comentarios" T. II, cit., pg. 92. Razón de fondo pero no en la forma como lo hace, a través de la contraposición con el Derecho disciplinario laboral, del que es igualmente predicable lo mismo que este autor reclama para el administrativo.

ticando la tesis de la diferencia cualitativa entre ilícito penal e ilícito disciplinario (998), niega la admisibilidad de una tal configuración. Contraponer un derecho público (en este caso penal), dotado de esta "naturalidad" en función de su caracterización como protector de "intereses sociales", a un derecho "privado" -en este caso el Derecho administrativo disciplinario de funcionarios (999), así considerado porque se refiere a un con -

-
- (998) Tampoco me parece correcta la denominación que utiliza este autor al contraponer la "tesis penalista" con la "tesis administrativista", nomenclatura indudablemente fomentada por trabajos anteriores al suyo (en este sentido son expresivas las opiniones vertidas por RODRIGUEZ DEVESA- "Parte General" cit., pg. 17- sobre el derecho administrativo), no solo por lo que tienen de acogedoras de un prejuicio (que no detiene sus efectos en la mera forma, sino que trasciende a otras cuestiones de fondo: V. mas adelante), sino porque oculta a los especialistas en Derecho administrativo partidarios de la "tesis penalista" y a los especialistas en Derecho penal patrocinadores de la "administrativista": por todos, de entre los primeros, V. PARADA, "Derecho administrativo, Derecho privado y Derecho garantizador" cit., pgs. 87 y ss., y de entre los segundos, el acabado de citar MAURACH.
- (999) Por heretica que parezca esta formulación respecto de un derecho tan "público" como el administrativo (en el que está encuadrado el disciplinario). Pues, al cabo, no hay tanta diferencia entre la "adhesión" en que viene a materializarse la postura del trabajador ante el contrato de trabajo, y la "adhesión" del funcionario respecto al Estado en la relación funcional. En este orden de ideas, conviene tener siempre bien presente que, como cumplidamente ha demostrado NIETO, el desarrollo del Derecho disciplinario y su adquisición de verdadero sentido y utilidad, están absolutamente ligadas al proceso que va de la posibilidad indiscriminada de despido del funcionario por el Príncipe a la inamovilidad de éste ("Problemas capitales..." cit., pg. 44 y ss.; en el mismo sentido, PARADA, "Poder sancionador..." cit. pg. 46, con expresa adscripción al citado trabajo de NIETO - ob. cit. pg. 47, n. 8-).

junto de relaciones que no "interesan socialmente" y, por tanto, no trascienden de un ámbito meramente "interno" (entre el Estado -ó la Administración- y el funcionario, considerados como personas), es algo que no puede mantenerse (1.000).

Pero, en cambio, si es aceptable hablar de una esfe

... Por lo demás, la señalada herejía siempre puede matizarse por el poder mostrar opiniones de tal calibre como la de GARCIA DE ENTERRIA cuando, tras afirmar que la "potestad de autodisposición que la Administración ejercita al operar sobre su propia organización (y, derivativamente, sobre quienes con la misma están conectados) se traduce en una libertad virtualmente general en dicho ejercicio", nos tranquiliza añadiendo (entre paréntesis), "aunque no exenta por ello de todas las limitaciones que hemos expuesto como propias del poder reglamentario" ("Curso..." T.I, cit., pg. 134). Claro que aquí, se podrá decir, el autor no se refiere estrictamente al contenido del ilícito disciplinario y a la apreciación de su concurrencia o no y, por ende, la aplicación de la sanción y en que consista esta, sino solamente al quien y como normativiza positivamente estas materias. En todo caso, también conviene tener en cuenta la siguiente opinión de PARADA: "El Derecho administrativo puede ser definido como el conjunto de normas que presuponen siempre la destinación específica al Estado como sujeto. Aparte de este dato formal del sujeto a quien la norma se dirige no hay diferencias sustanciales con las normas de Derecho privado, si bien se da una diferencia, diferencia notable, entre el sistema de garantías del Derecho administrativo y del Derecho privado y que radica en el hecho de que la garantía opera con gran intensidad en favor de una de las partes, el Estado, y débilmente en favor del particular que con él se relaciona..." ("Derecho administrativo, Derecho privado y Derecho garantizador" cit., pg. 99). Conviene advertir, no obstante, que el propio PARADA caracteriza al Derecho administrativo sancionatorio, comunmente con el Derecho penal, como "Derecho garantizador", ni público ni privado (ob. cit. pg. 87); en consecuencia, si la primera perspectiva puede ayudar a la contraposición que señalo y crítico en el texto, esta segun

ra "interna" respecto del Derecho disciplinario en el sentido de resaltar que el interés tomado en consideración, como punto de horizonte de los ilícitos disciplinarios, por este Derecho (organización administrativa), no ha traspasado la frontera del derecho sancionador administrativo para entrar en el penal. Dicho de otra manera, hoy por hoy la ley penal no ha recogido como bien jurídico protegido por los distintos tipos que la componen, tal interés. Lo que no quiere decir que ello sea siempre así: dejará de serlo, y por tanto el derecho penal abarcará esa materia en su ámbito, en el momento en que se estime que no recibe tutela suficiente (partiendo de que dicha tutela, a su vez, se entienda necesaria) a través del Derecho administrativo, y se piense que resulta preciso para ello poner en práctica los medios propios del derecho penal (1.001), pues, como ha resaltado MIR, el que no se penalice "al puro ilícito administratiti

... da lleva a la conclusión, totalmente opuesta, más correcta en mi opinión, que, aunque en términos distintos, desarrollo a continuación.

(1.000) Una vez más me remito a las últimas pgs. del apartado anterior y a lo allí dicho, concomitante con lo que ahora expongo, respecto a la contraposición derecho público-derecho privado.

(1.001) Esto es, si resulta "posible fundamentar racionalmente porque y como las acciones criminalizadas ponen en peligro de manera intolerable las bases de la convivencia social", dicho de otra manera, si las acciones que atacan ese bien jurídico son de aquellas "cuya ejecución perturbaría de tal modo la paz social que hay que acudir, para prevenirlas en lo posible a la elevada fuerza inhibidora que representa la prohibición jurídico-penal" (Enrique GIMBERNAT ORDEIG, "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?", en "Estudios de Derecho penal" Madrid, Ediciones Civitas S.A., 1976, pg. 69 y n. 37, pg. 70; también ob. cit. en "Problemas actuales de Derecho penal y procesal" cit., pg. 98 y n. 37 de la misma página y en "Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho" cit., pg. 509 y n. 37 de la misma pg.).

vo" se desprende "del carácter subsidiario del derecho penal" (1.002).

B) Ahora bien, tomada en este último sentido la esfera "interna" donde se mueve el ilícito disciplinario, lo que no puede negarse es que éste tiene que configurarse de forma paralela a como se conforma el ilícito penal, esto es, a tenor de los elementos que componen la teoría jurídica del delito (1.003), entre los que la antijuridicidad consistirá, precisamente, en el ataque a esa organización administrativa o judicial (1.004).

-
- (1.002) "Introducción a las bases del Derecho penal..." cit., pg. 134. Oponiéndose a la opinión de ROXIN sobre que la no penalización de ilícito administrativo se deriva de que el "ius puniendi" del Estado solo puede referirse a protección de bienes jurídicos (V. "Sentido y límites de la pena estatal" cit., pg. 22); V. MIR, ob. cit., pgs. 124 y sg. Claro está que me refiero a un Derecho disciplinario que fuera correcto en el sentido de que sus medios se presentaran como "menos lesivos" que los del Derecho penal "para el ciudadano y con frecuencia mucho más eficaces para la protección de la Sociedad" (MIR, ob. cit., pg. 125), lo que no siempre ocurre, como he tenido ocasión de mostrar en relación a la sanción de separación del servicio, en el Derecho disciplinario positivo español.
- (1.003) Partiendo de muy diferentes puntos de vista, esto, con mayor o menor alcance es algo que se ha sentido comunmente respecto al derecho sancionatorio de la Administración en general y, en particular, respecto al Derecho disciplinario. V. Ampliación de Nota IV.
- (1.004) "La administración ha sido siempre una organización, pero solo recientemente se define como organización. A una organización le corresponde, como signo de su valor la eficiencia de su buen funcionamiento" (LEGAZ, "Administración y sociedad" cit., pg. 30; V. también pgs. 31-37). GONZALEZ MARINAS, se adscribe al señalar el objeto de tutela del Derecho disciplinario a la opinión de VEDEL de que "el derecho disciplinario surge ne-

Una tal configuración supone la oposición a un orden de ideas ciertamente extendido entre muchos autores. En efecto, tomemos, por ejemplo, la siguiente opinión de GONZALEZ MARINAS, que puede servir como típica de esta línea de pensamiento: "El Derecho disciplinario, como tal rama jurídica, es..... una realidad innegable. Además, su especificidad ante el Derecho penal -progenitor y directo rival- se ve avalada por una diferencia de raíz: los distintos intereses protegidos" (1.005). Tal concepción es, en mi opinión y según se desprende de lo que llevo dicho,

... cesariamente en toda agrupación, y no solo en la función pública, para defensa y orden de la vida del grupo" ("Reflexiones sobre el Derecho disciplinario: delimitación de la llamada 'falta de probidad'", en DA, no. 150, nov.-dic. 1972, pgs. 61-62). MONTORO, que sustenta igualmente la distinción entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador sobre la base de la diferenciación entre relaciones de sujeción generales y especiales, indica que de estas últimas nacen deberes cuya infracción puede producir una sanción que tiene por finalidad -dice, adscribiéndose también a la opinión de VEDEL- "asegurar un a vida ordenada del grupo" ("La infracción..." cit., pg. 314 y Régimen disciplinario..." cit., pg. 18). "la responsabilidad administrativa o disciplinaria", dice SIMON TOBALINA, "afecta a la esencia misma de la organización administrativa" ("Régimen y retribuciones de los funcionarios de Administración local", Madrid, Biblioteca "Certamen" de los funcionarios de Administración local", 1970, pg. 150). Sin embargo, al margen de otras discrepancias con la opinión de estos autores, pese a esta coincidencia, entiendo que para que ésta última sea realmente tal, hay que tener presente la necesidad de apreciar la organización en relación medio a fin con la actividad que presta, a la que está dirigida y que constituye su razón de existir; como ya he resaltado anteriormente.

(1.005) "Reflexiones..." cit., pg. 62.

rechazable.

En primer término, el Derecho penal no es el progenitor del disciplinario: en este sentido, la argumentación de NIETO (1.006) es, para mí, absolutamente convincente. Según ella, el Derecho disciplinario toma su origen en una cuestión puramente laboral (la pérdida de la facultad del Príncipe de remover libremente a sus servidores), por tanto bien distinto del origen del Derecho penal (no se olvide el ya señalado en este trabajo nacimiento y desarrollo de los, tantas veces conectados con las faltas disciplinarias, delitos de funcionarios, diferentes en su situación en el tiempo y en las motivaciones de aparición y posterior desenvolvimiento): pues bien, cuando ese incipiente derecho disciplinario comienza a adquirir una estructura que permite hablar ya de un propio Derecho disciplinario (la tipificación de la "cláusula general de *excesus sive malversatio in genere* ó *excessus* formal", y, posteriormente, los "delicta innominata"), es precisamente para diferenciarse de los "delitos de funcionarios" heredados del derecho romano, que aparecen como insuficientes para la contemplación de los conflictos que surgen de la progresiva inamovilidad del "empleado público". Insuficiencia que, en mi opinión, deriva del diferente objeto de referencia de unos y otros: el ataque a la "majestas" - "potestas" y "dignitas" -y, posteriormente, el ataque a la actividad desarrollada por el Estado sustituidor del monarca, de los unos, y la alteración de la organización del grupo de servidores, de la Administración más

(1.006) "Problemas capitales..." cit., pgs. 44-45 y 56-58, fundamentalmente.

tarde, de los otros (1.007).

Negar esa paternidad no significa (sino que, por el

-
- (1.007) Por cierto, que con esta materia de la evolución histórica del Derecho disciplinario, no se puede operar de la manera unilateral con que actúa CA-SABO cuando, para apoyar su opinión de que el Derecho disciplinario es "una clase especial del penal, caracterizada única y exclusivamente, por su menor gravedad" ("Comentarios..." cit., T.II, pg. 90), alega (ob. cit., pg. 91 y n. 9 de esta pg.) que tal postura "cuenta con el apoyo de la evolución histórica de la legislación positiva, pues incluso los autores partidarios de la diferencia entre el Derecho penal y el disciplinario reconocen que este último tuvo su origen en el primero del que posteriormente se desligó", remitiéndose para ello a la opinión de STOCK ("Entwicklung und Wesen der Amstverbrechen" cit., quien, efectivamente, en la división en tres etapas en que estructura el desarrollo del Derecho disciplinario, piensa que en la primera no puede apreciarse diferencia entre este Derecho y el penal -ob. cit., pgs. 36 y ss.- y, en cambio, mantiene una clara distinción en la actualidad entre ambos -de "clara contraposición entre el Derecho penal criminal y el Derecho disciplinario" habla en la pg. 277; V. también, p. ej., pg. 274-) y, derivativamente, a la de los seguidores, Eb. SCHMIDT (1950) y R. MAURACH (1962), añadiendo simplemente: "No acepta este origen común BEHNKE". Efectivamente, este autor (Karl BEHNKE, "Disziplinarrecht und Strafrecht. Zur Reform des Disziplinarrechts", en ZB, no. 9/10, 1963, pgs. 257-277) no acepta la caracterización de STOCK de la evolución histórica del derecho disciplinario (ob. cit., pgs. 260-263); caracterización esta última que para ser alegada como apoyo de cualquier opinión, precisa, pienso, de su confrontación detenida con la opinión discrepante de BEHNKE, para optar por la más sólida. Esto es precisamente lo que realiza NIETO ("Problemas capitales..." cit., pgs. 57-58), quien concluye que la idea de STOCK de "esta progresión cíclica del Derecho disciplinario es enormemente sugestiva", "pero no ha podido resistir el análisis de BEHNKE y debe considerarse arbitraria", mientras que, por el contrario el análisis de este último autor "puede considerarse de momento como convincente y en su

contrario, aunque pueda parecer paradójico, potencia lo inverso) negar a su vez la cercanía, progresivamente mayor, de Derecho penal y Derecho disciplinario. Desde el momento en que se acepte que el interés protegido por el segundo, deja paulatinamente (1.008) de ser el mero contrapeso

... consecuencia, no puede admitirse, desde el punto de vista del Derecho alemán, que hasta mediados del siglo pasado el Derecho disciplinario haya formado parte del Derecho penal" (adviértase que el análisis de BEHNKE no se limita a mostrar que el "Allgemeines Preussisches Landrecht" de 1794 no regulaba indiferenciadamente ilícitos penales y disciplinarios -tesis de la indiferenciación mantenida por STOCK y, en opinión de NIETO, "nunca discutida" y tomada como "presupuesto aceptado pacíficamente durante más de un siglo", por lo que difícilmente pueden encontrarse seguidores de esta opinión anteriores al trabajo de BEHNKE-, sino que parte de no aceptar como infracciones propiamente penales los "delicta innominata" -sobre la base, precisamente, de que "se refieren exclusivamente a los deberes funcionariales, lo que implica que, desde el punto de vista material, no tienen una naturaleza penal" (NIETO, ob. cit., pgs. 52-53; Cfr. BEHNKE ob. cit., pg. 260)-. El propio NIETO (además del análisis que anteriormente desarrolla respecto del derecho español en las páginas 46-50 y 52-56), añade seguidamente: "En España tampoco puede admitirse la tesis tradicional (o sea, la que considera que históricamente el Derecho disciplinario formaba parte en un tiempo del Derecho penal), ya que los primeros textos del siglo XIX dejan bien sentado que se trata de dos procedimientos distintos, sujetos cada uno de ellos a reglas propias, tanto procesales como materiales (Reales Ordenes de 31 de junio de 1834, 27 de julio y 30 de julio de 1836)" (ob. cit., pg. 58).

(1.008) En la misma medida en que, desde el punto de vista de una teoría "clásica" del derecho, puede hablar se de una "publicación" ("desprivatización") de ese derecho disciplinario, que deja de considerarse en el marco de un ámbito particular (relaciones privadas del Príncipe) para considerarse en el marco del Derecho administrativo ("derecho público"), y en la misma medida en que el Derecho

de la cesión del Príncipe de la facultad de disponer libremente de sus servidores, y, por tanto, de orientarse como mero protector del interés del Príncipe, y pasa a considerarse un interés en el sentido de bien jurídico (socialmente necesario), están convergiendo ambos derechos, ¡Lo que no quiere decir que coincidan cada uno de sus singulares ilícitos, ni siquiera que sea ya preciso incorporar los del segundo al primero!. Según GONZALEZ MARINAS, la diferenciación entre Derecho disciplinario y Derecho penal "se ve avalada por una diferencia de raíz: los distintos intereses protegidos". En mi opinión (si por "intereses protegidos" entendemos bienes jurídicos), hay que concluir todo lo contrario: precisamente, la protección de bienes jurídicos es el puente de unión entre Derecho penal y Derecho disciplinario (lo que es menester es que se vaya intensificando el trasvase de los demás elementos garantizadores del Derecho penal, lo que ya está en avanzado proceso); dato que, en cambio, sirve para diferenciar los singulares ilícitos que componen el Derecho disciplinario de los contemplados por el Derecho penal, particularmente de un grupo de ellos: los "delitos de funcionarios".

Por último, decir que el Derecho penal es el "directo rival" del Derecho disciplinario es inaceptable; y no sólo por lo que tiene de prejuicio, que hace enfocar dislocadamente el tema. En mi opinión, uno y otro se complementan. Como queda dicho, el hecho de que no se incorpore al Derecho penal el ilícito disciplinario responde al carácter subsidiario del primero, no a un defensismo a ul

... del trabajo, en origen exclusivamente "privado", presenta rasgos tan "públicos" que, aunque no se acepta como "derecho público", tampoco se admite como solo "privado" (lo que debe enfocarse desde una perspectiva de evolución que no puede entenderse definitivamente terminada).

tranza del segundo frente a los intentos desmedidos de absorción del Derecho penal.

5. La "diferencia cuantitativa"

A) Ese bien jurídico al que atiende el Derecho disciplinario de funcionarios, no ofrece ninguna resistencia a (cuando así se estime necesario, según antes he dicho) ser trasplantado al ámbito estrictamente propio del Derecho penal (1.009), conllevando la creación de unos tipos

-
- (1.009) El que así se haga dependerá, lógicamente, de la particular situación que se contemple en cada momento histórico. En términos generales, dependerá de exactamente las mismas razones que hoy motivan la no inclusión, esto es, que siendo menos lesivas las sanciones disciplinarias, además resultan más eficaces para la protección de la sociedad (por lo que a su parcela se refiere, es decir, al interés social que protegen) o, por lo menos, igual de eficaces que las penas. Desglosando provisionalmente este dato, podría decirse que avalan la actual separación los siguientes argumentos: 1o. Se estima necesaria la preservación, a través de un esquema jurídico-sancionatorio, del actual objeto de protección de los ilícitos disciplinarios. 2o. Se entiende que dicho interés está suficientemente tutelado a través de los medios del Derecho disciplinario. 3o. Sin embargo, estos medios deben ser corregidos en el sentido de una cada vez mayor aproximación a los principios y elementos que inspiran los propios del Derecho penal (material y procesal), lo que no significa una pretensión de completa identidad pues, en consonancia con la razón de fondo (mayor eficacia y menor daño en la protección social) y siempre y cuando ello no constituya un gravamen insostenible o difícilmente soportable, puede resultar, por ejemplo, más adecuado (dada la entidad de los ilícitos y en consideración a la mayor rapidez y practicidad de la actuación administrativa) conservar una vía administrativa, que utilice esos principios y elementos penales aludidos, siempre revisable en última instancia por la jurisdicción ordinaria penal. 4o. Dado lo anterior, no hay necesidad

de delitos (o faltas) que, en gran número de casos (no en todos, pues puede no haber "correspondencia" alguna), cumplirían respecto a los "de funcionarios", exactamente el mismo papel que en la actualidad cumplen aquellos delitos que ineludiblemente tienen que realizarse para la comisión de otros distintos referidos a un diferente bien jurídico. Situación que no justifica (ni, por tanto caso de materializarse esa hipótesis, justificaría), ni mucho menos, la afirmación de que uno y otro son idénticos sin más diferencia que la meramente cuantitativa. Hay una diferencia cualitativa (tanto en la hipótesis que propongo cuanto en la situación paralela a ella que planteo), en la medida en que cada uno de esos dos delitos se refiere a un distinto bien jurídico. Lo que ocurre es que en el supuesto hipotetizado, el ataque al bien jurídico necesario en la comisión de uno de esos dos delitos, implica el ataque al bien jurídico al que se refiere el otro, es decir, "el injusto ó desvalor de uno de ellos comprende" el del otro (1.010). Dicho de otra manera, los preceptos en que se contendrían, respectivamente, esos dos delitos, están en relación de consunción (1.011). Lo que, de alguna manera, permite hablar de una diferencia cuantitativa: un

... de acudir a la pena, pues la sanción disciplinaria a su menor lesividad en sí misma (por lo menos en general y en vía teórica) auna un menor carácter deshonorable (en sentido social) que aquella; afirmación que puede hacerse extensiva al procedimiento administrativo en relación al proceso penal.

(1.010) CORDOBA, "Comentarios...." T. II cit., pg. 329, refiriéndose a la relación de consunción al hablar del concurso de leyes; V. MEZGER, "Tratado" T. II. cit., pg. 366.

(1.011) Sobre que estaríamos ante un concurso de leyes y no de delitos, pese a que los bienes jurídicos sean distintos (criterio que para algunos es indicio de la concurrencia de delitos: V. MAURACH "Tratado..." T. II. cit., pg. 439), V. CORDOBA, "Comentarios..." T. II cit., pgs. 354-357.

delito implica el otro y algo más. Si, como puede parecer más lógico a algunos (1.012), las infracciones disciplinarias, en vía de hipótesis, se incorporasen a la ley penal a título de faltas, no variaría la situación descrita (1.013). Pues bien, descendiendo de la hipótesis a la

-
- (1.012) V., p. ej., RODRIGUEZ MUÑOZ, "Notas" al "Tratado" de Mezger, T.I. cit., pgs. 32-33, n. del traductor.
- (1.013) Dice RODRIGUEZ DEVESA, "no tengo noticia de ninguna sentencia en la que además de homicidio se haya apreciado un delito o una falta de daños por los causados en la ropa del muerto por el disparo que determinó su fallecimiento o el puñal con que se causaron las heridas mortales" ("Parte General" cit., pg. 163-164). Más adelante dice: "nótese, por los ejemplos manejados, que en la relación de consunción estamos ante conductas heterogéneas. El bien jurídico protegido en el homicidio y el bien que se tutela en los daños son distintos, constituidos respectivamente por la vida y la propiedad. En cambio, en la relación de especialidad y en la de subsidiariedad eran los mismos bienes jurídicos en todos los casos" (ob. cit., pg. 164; el subrayado en el original). Adviértase que la fluidez de la diferencia que separa esas infracciones penales de las disciplinarias, en la medida que los respectivos bienes jurídicos o, mejor, los ataques a ellos están en relación de progresión, pues, como queda dicho, el primero (organización administrativo) puede ser calificado de bien jurídico en la medida en que esté dirigido (finalísticamente) a propiciar un correcto ejercicio de la función pública de que se trate, puede hacer que la incorporación a la ley penal de algunas de esas infracciones disciplinarias venga motivada, precisamente, por la comprobación de que las acciones que describen traspasan las fronteras que separan uno y otro bien jurídico alcanzando no sólo al primero sino también al segundo; en este caso, tal incorporación se haría dentro del mismo lugar que ocupan los concomitantes ilícitos penales (si la inserción penal es a título de delitos) o bajo una rúbrica que indique el mismo bien jurídico que el que motiva la agrupación de dichos ilícitos penales (si la incorporación es a título de fal-

real situación que se plantea entre los "delitos de funcionarios" y los ilícitos que componen el Derecho disciplinario de funcionarios, pienso que la relación entre ambos es exactamente la misma que la señalada para la indicada hipótesis (1.014).

B) Con ello no quiere decirse que todos los "delitos de funcionarios" sean "lex consumens" en relación a respectivas infracciones disciplinarias (1.015). A mi juicio, la situación presenta tres posibilidades: "delitos de funcionarios" que no tengan relación alguna respecto a esas faltas disciplinarias (1.016); algunas de éstas -

... tas), manifestándose así, en este último caso, que se construyen las "correspondientes" faltas a unos determinados delitos. La relación, entonces, sería la misma que actualmente puede comprobarse en numerosos casos de delitos más y menos graves referidos a un mismo bien jurídico o de delitos y sus "correspondientes" faltas. Inversamente, en la medida en que se comprueba la no gravedad de algún supuesto de delito, puede pasar a constituir una falta, y en la medida en que se compruebe su total inocuidad respecto al bien jurídico contemplando por los delitos, por uno de ellos, que no exceda de simplemente afectar a la organización administrativa, debe pasar a constituir una mera infracción disciplinaria.

(1.014) Por ende, he aquí la forma de superar el "bis in idem" a que parecen abocados ambos.

(1.015) O a estas hipotéticamente incorporadas como delito o falta a la ley penal.

Como señala también RODRIGUEZ DEVESA, "frente a las relaciones de especialidad y de subsidiariedad, que arrojan como resultado la exclusión de la ley general o de la ley subsidiaria a favor de la ley especial o de la ley preferente para cualquier supuesto comprendido en ellas, es decir, que tienen carácter abstracto, independientemente de las características concretas de los hechos a los que se ha de aplicar la ley, la relación de consunción depende de esas características concretas, de tal manera que nunca puede

que no estén en ninguna relación con los "delitos de funcionarios"; y "delitos de funcionarios" en relación con algunas de ellas. Sólo en estos últimos casos es cuando surge la cuestión, y donde habrá que examinar la relación por ver si es de consunción (1.017). A mi entender, en estos supuestos, debe serlo en todo caso. Sin embargo, ello dependerá, en primer término, de la correcta descripción legal de los tipos; en segundo lugar, y como es obvio por la teoría general del concurso de leyes y la relación de consunción, de las pena y sanción que acompañan a uno y otro ilícito, punto de dependencia que, en realidad, está comprendido en el primero, pero que singularizo por su importancia específica.

C) Pena y sanción, en efecto, juegan aquí un fundamental papel. Y ello por dos razones (1.018). Primera, porque, como ha expresado RODRIGUEZ DEVESA (1.019), en la comparación de los desvalores de las conductas descritas por la ley en que, en definitiva, se concreta la operación para determinar la existencia o no de una rela -

... generalizarse a todos los casos previstos por la ley en cuestión" ("Parte General" cit., pg. 163; los subrayados en el original).

(1.016) O a esas originarias faltas disciplinarias.

(1.017) En los otros dos casos no habrá normalmente concurrencia, y si la hay no veo dificultad a solventar la cuestión pena-sanción en función de, supletoria o analógicamente, las reglas de los supuestos de concurso, normalmente acumulación.

(1.018) Antes de entrar en ellas creo que conviene advertir, aunque de alguna manera ya lo he señalado antes (V. n. 986), que, sobre el derecho positivo, no cabe afirmar que la pena cumpla un fin con exclusión de otros, sino que persigue, y está en función de, una multiplicidad de ellos. Lo mismo puede decirse de la sanción disciplinaria.

(1.019) "Parte General" cit., pg. 163.

ción de consunción entre los preceptos que las acogen, tales desvalores de los comportamientos están expresados en la pena. Segunda (1.020), porque precisamente las sanciones disciplinarias, más concretamente, la sanción de separación del servicio (especialmente en relación con la pena más típica de los "delitos de funcionarios": inhabilitación especial para cargo público), es una de las fuentes de mayores problemas en el tema del Derecho penal -Derecho disciplinario; en particular, desde los enfoques de la mera diferencia cuantitativa entre uno y otro (1.021) y de la total identificación entre los mismos (1.022).

(1.020) Que también de algún modo queda expresado más atrás, y volveré sobre ello: V. más adelante el capítulo dedicado a la pena.

(1.021) Como ya he dicho antes. V., p. ej., MUÑOZ CONDE ("Introducción...." cit., pg. 68) quien acepta la diferencia cuantitativa (ob. cit., pg. 65), pero encontrando "más lógica" la infracción de principio ne bis in idem "cuando se aplican juntamente con las sanciones penales sanciones disciplinarias", "lógica" que apoya en la STS de 5-III-1965 de corte claramente "cualitativista" ("obedecen a valoraciones jurídicas diferente..." etc.), y a continuación resalta los problemas que, sin embargo de lo anterior, suscita la coexistencia de determinadas penas con la sanción de separación del servicio. Más que buscar "lógicas" lo mejor sería, en esta tesitura, aceptar, por lo menos para los ilícitos disciplinarios, directamente la diferencia cualitativa con los penales y afirmar, entonces tranquilamente, que "la frase ne bis in idem no rige en la relación Derecho penal criminal-Derecho pena disciplinario" (Ernst HAFTER, "Schweizerisches Strafrecht". Besonderes Teil, Zweite Hälfte, Berlin, Springer-Verlag, 1943, pg. 829).

(1.022) Es significativo a este respecto como PRESUTTI, defensor de esta tesis, establece una completa equiparación entre ambos derechos, salvo, como ha resaltado NIETO ("Problemas capitales..." cit., pg. 69), "únicamente para la sanción disciplinaria de separación de servicio, que no logra encajar en un sistema dogmático" ("Lo stato parlamentare ed i suoi impiegati amministrativi", 1889, pgs. 309-311, citado por NIETO, ob. cit., pg. 69 n. 81).

Es preciso, pues, que pena y sanción disciplinaria muestren efectivamente que el desvalor de la conducta castigada por la primera abarca el de la sancionada con la segunda.

No hay, en general, problema en ello, excepto en supuestos de sanción de separación del servicio en relación a "correlativos" supuestos delictivos en que la pena, puesta en relación a la sanción de separación del servicio, denotaría un menor desvalor de la conducta que castiga que el correspondiente al comportamiento descrito por la falta disciplinaria mostrado por esta sanción. Pero, en mi opinión, este punto, "prima facie" refutador ó, cuando menos, gravemente obstaculizador de la anterior argumentación, paradójicamente la refuerza: la sanción de separación del servicio no es sino la muestra más clara de las reminiscencias que de su origen (conflicto laboral) presenta el Derecho disciplinario de funcionarios.

a) En este sentido, es significativa la siguiente opinión de PARADA: La razón "de que la Administración pueda sancionar a sus funcionarios... quizás derive del hecho de que todavía es históricamente reciente la adquisición por los funcionarios de un sistema de estabilidad en el empleo, frente a los antiguos avatares del spoil system, seguridad compensada por un poder correctivo interno. Para su justificación poco importa que se esgrima que la relación del funcionario con la Administración es de carácter negocial o contractual, o se afirme, siguiendo la moda, que el funcionario está en una relación estatutaria. En todo caso, es el funcionario quien ha ido al encuentro de ese poder, sometién dose voluntariamente a una relación jurídica y aceptando todos sus contenidos negociales o reglamentarios. El poder disciplinario, vistas así las cosas, aparece como una reacción frente a los incumplimientos producidos en el seno de una relación de servicios, constituyendo la sanción máxima, la separación del servi-

cio, en el fondo, ni mas ni menos, que una rescisión de contrato" (1.023).

La conexión que la sanción de separación del servicio tiene con la originaria concepción del Derecho disciplinario, aparece aquí clara. Pero, la reproducida argumentación no está exenta de crítica; en mi opinión, presenta puntos agudamente falaces, éstos si que verdaderamente propiciados por "seguir la moda"

Así, en primer término, el tener que acudir al origen del Derecho disciplinario de funcionarios para justificar, sobre idénticos términos, su utilización actual por la Administración (y, por ende, la justificación de la sanción de separación del servicio), implica tener que echar mano de la "voluntariedad", ese (en este campo) artificio jurídico que, si contestado en el terreno del Derecho laboral (donde su fuerte "privatización" permite hablar con holgura -y desfachatez- de la "autonomía de la voluntad"), mucho más tiene que oponérsele (por lo que implica de unilateralidad y de visión formal, exenta de la apreciación de los reales contenidos) cuando nos movemos en el interior del Derecho administrativo (precisamente caracterizado por la nota opuesta a la resaltada para el laboral), del que el propio PARADA ha señalado "una diferencia, diferencia notable, entre el sistema del Derecho administrativo y del Derecho privado y que radica en el hecho de que la garantía opera con gran intensidad en favor de una de las partes, el Estado, y débilmente en favor del particular que con él se relaciona" (1.024).

(1.023) "Poder sancionador...." cit., pg. 46.

(1.024) "Derecho administrativo, Derecho privado y Derecho garantizador" cit., pg. 99.

En esta nota precisamente, en el hecho de que el sujeto con el que se relaciona el funcionario-trabajador es la Administración y en la caracterización de ésta, reside la razón, según los laboristas, de que esa relación, por lo más claramente laboral, no se someta a las normas del Derecho del trabajo (1.025). Y si en la relación "genuinamente" (según las normas) laboral la afirmación de la "existencia de voluntariedad" ha sido duramente criticada (1.026), ¿qué queda de cierto en ella cuando el otro

-
- (1.025) Así, MONTTOYA: "También el trabajo del funcionario público es un trabajo personal, por cuenta ajena (por cuenta de la Administración), un trabajo voluntario (en cuanto que es previa a la relación de servicio la prestación del consentimiento de adhesión si se quiere, pero consentimiento a fin de cuentas) y un trabajo dependiente (el funcionario depende jerárquicamente de sus superiores); y, sin embargo, al funcionario público no le alcanza la normativa del Derecho del Trabajo" (art. 8 de la Ley de Contratos de Trabajo). "El extrañamiento de los funcionarios respecto del Derecho del Trabajo es una consecuencia más, entre otras muchas, de la primacía de la Administración, de su "imperium", de la especial configuración del oficio público, a través de una larga tradición histórica". Y añade: "Si de algún modo quisiera precisarse el objeto del Derecho del Trabajo frente al Derecho de la función pública, habría de acudir a un nuevo requisito diferenciador; y entonces, el trabajo -en cuanto materia jurídico-laboral- vendría a ser el trabajo personal, voluntario, por cuenta ajena, dependiente y concertado en régimen de Derecho privado. De este modo, quedan fuera del Derecho del Trabajo tanto los funcionarios como el personal contratado en régimen de Derecho administrativo" ("Derecho del Trabajo" cit., pgs. 39-40; los subrayados en el original), personal este último que, en cambio, en términos generales, puede decirse que es funcionario público a efectos penales.
- (1.026) V., p. ej., Umberto CERRONI, "La libertad de los modernos", traducción de R. de la Iglesia, Barcelona, Ediciones Martínez Roca S.A., 1972, pgs. 102-109: "Una crítica radical del sistema jurídico-formal debe fundamentalmente mostrar como el

... contrato de trabajo es una relación paritaria de personas "libres" que se deciden autónomamente al cambio, es también -y fundamentalmente- una institución que, a través del consenso anula esa "autonomía" y "dignidad" de la persona que era el punto de partida de la doctrina jurídica" (ob. cit., pgs. 104-105; los entrecomillados en el original); "la igualdad de las personas-como puras dignidades o sujetos jurídicos- resulta.... ipso facto, una desigualdad de los individuos concretos -propietario privado, trabajador asalariado-. Para el uno el "libre contrato" permite una nueva forma de dominio "social" con el que subordina a los demás a sí mismo, para el otro este mismo "libre contrato" significa solo una nueva forma de servidumbre "social" con la que se subordina al otro" (ob. cit., pg. 106; los entrecomillados en el original); "de hecho, la realización del contrato de trabajo en la esfera del "libre cambio" se produce, por su parte, como "consumo de salario", es decir, como "subsistencia" y, por otra, como "consumo de fuerza de trabajo", es decir, como "trabajo creador de valor". La "libre determinación" de la voluntad resulta determinación "necesaria" para la conexión social: para una conexión social que es, por una parte, venta de uno mismo y, por otra, percepción de un valor "de más". El resultado es una especie de dialéctica de libres voluntades ligadas por un proceso necesario y causal extrínseco a dicha dialéctica: "tener para vivir y vivir para tener", o bien como una relación de personas mediada por las cosas, que se oculta tras una relación de cosas -salario, capital- mediada por las personas. La que "antes" resultaba una "sociedad voluntaria" resulta ahora una "sociedad necesitada", y la igualdad como igualamiento de voluntades se replantea ahora como "igualamiento de desiguales" simplemente formal, es decir, como máscara moderna de la desigualdad. Si Kant tiene razón frente al argumento aristotélico en defensa de la "esclavitud antigua", Aristóteles conserva su razón frente a la "esclavitud moderna", porque si es cierto que no hay igualdad sin libertad, es igualmente cierto que una libertad entre desiguales es falta de libertad" (ob. cit., pgs. 108-109; los entrecomillados en el original).

sujeto de la relación es la Administración?. Si alguna vez existió esa "voluntariedad", o por lo menos un reflejo de ella (cuando las necesidades burocráticas del emergente "Estado moderno" no podían colmarse ante la escasez de sujetos preparados (1.027), y, por tanto, la rigidez de la demanda debía atemperarse a determinadas exigencias de la oferta), se utilizó en la obtención del beneficio de la seguridad en el empleo, de la inamovilidad, contrapartida del cual fue el Derecho disciplinario (1.028) y dentro de él en última instancia, fundamentalmente, la sanción de separación del servicio. Desaparecido aquel atisbo de equiparación, ¿dónde está ahora la "voluntariedad"? Si de la Administración se puede decir que es "mejor empresa", también es cierto que se procura a sí misma mayores garantías en relación a sus trabajadores, lo que sitúa a éstos en doble situación de desigualdad respecto a los demás trabajadores (mejor y peor; que es peor y peor en el caso de los contratados administrativamente: de ahí la mayor agudización de la problemática en estos supuestos): cuando el beneficio de la inamovilidad (situación mejor) entra en crisis, por el desarrollo de un Derecho del trabajo que, si no inamovilidad, ofrece cierta estabilidad y la situación del mercado perspectivas de mayor remuneración, la situación es (en todo caso) doblemente peor: he aquí una (entre otras muchas) razón de la tendencia prolaboral de la mayoría de los funcionarios (los no privilegiados) y la lógica consecuencia de la su presión de la separación del servicio y su sustitución por el régimen de despido.

Porque en absoluto son igual uno a otro; y ésta es la segunda crítica a la argumentación de PARADA que con-

(1.027) Cfr. NIETO, "Problemas capitales..." cit., pgs. 44-45.

cluye equiparando el primero a la "rescisión de contrato". Abstractamente considerada, la comparación lleva a la afirmación de que mientras el despedido puede ser readmitido (en función de la voluntad del empresario) en la misma empresa en la que cesó, en cambio el separado del servicio (en función de la prohibición legal) no; pero, además, en todo caso el despedido puede ser contratado (en función de la oferta y la demanda) por una empresa del mismo ramo, donde desarrolle aquello para lo que está específicamente preparado, mientras que el separado del servicio (en función de una nueva prohibición legal) no sólo no puede volver a su puesto sino tampoco a ningún puesto de la Administración. Esta es otra razón para la supresión de esa sanción.

Precisamente, si se pretende justificar hoy el empleo del Derecho disciplinario por la Administración, en razón a su origen, es decir, en razón a tensiones surgidas en la relación laboral funcionario-Administración, todo aconseja la desaparición de la separación del servicio, para que la equiparación a la rescisión de contrato sea real.

b) Como decía antes, la separación del servicio es uno de los más nítidos ejemplos de como la evolución del Derecho disciplinario, su aproximación al Derecho penal, no ha acabado y todavía presenta rasgos primitivos, a cuya desaparición está abocado y que se reclama cuanto más rápida.

Porque si hemos de encontrar un paralelo en pena a

(1.028) Cfr. NIETO, ob. ult. cit., pg. 50.

la sanción de separación del servicio, aquella sería la inhabilitación perpetua para cargo público, pena que hace tiempo, y por razones materiales que deben buscarse en la evolución del Derecho penal, ha desaparecido del repertorio del Derecho criminal. De forma que, cumplida la condena, el penado no sólo puede sino que tiene derecho a ser rehabilitado y, con ello, recuperar su puesto de trabajo (1.029). Y, si no se acepta la rehabilitación en todo caso puede volver a concurrir a las pruebas de selección de funcionarios, ya que la LFCAE, art. 30, 1, e), niega esta posibilidad al que se halla inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas, no a quien haya sido, mientras que no permite la admisión a dichas pruebas por "haber sido separado, mediante expediente disciplinario, del servicio del Estado o de la Administración local". Por otra parte, esa misma ley señala (art. 38,3) el "carácter definitivo" de la pérdida de la condición de funcionario por separación del servicio, mientras que nada dice respecto a este punto en relación a la inhabilitación, por lo que ó no considera definitiva la pérdida o remite a lo que la ley penal señale a este respecto, y la ley penal, por lo menos formalmente, tampoco impide la rehabilitación. Por último, la propia LFCAE (art. 50, 4) afirma el carácter de definitiva de la baja del funcionario ocasionada por inhabilitación perpetua, lo que replantea el problema en los mismos términos que en el caso anterior, ahora respecto a la inhabilitación temporal única existente en la actualidad.

C) Ahora bien, a pesar de todo, es evidente que puede suceder que concurren un delito de funcionario castigado, por ejemplo, con inhabilitación especial para cargo público o suspensión de esta índole, y su "correlati-

(1.029) V. más adelante el cap. dedicado a la pena.

va" falta disciplinaria sancionada con separación del servicio; a la vista de ello, no parece que pueda aplicarse sin más la regla de consunción. La salida de tal situación es la de apreciar la concurrencia de dos ilícitos determinándose la pena a través de la aplicación, supletoria o analógica, de las demás reglas de los otros supuestos de concurso, según cual sea (normalmente ideal en que un solo hecho constituye al tiempo delito y falta disciplinaria).

A no ser que se opte por la no aplicación de la separación del servicio; lo que es posible: la LFCAE y el Reglamento de Régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración Civil del Estado (arts. 91 y 16 y sgs., respectivamente), tras señalar el elenco de posibles sanciones, indican cuales de ellas solo se podrán aplicar por faltas muy graves y cuales pueden aplicarse por las leves; de ello resulta que la separación del servicio solo puede aplicarse por falta muy grave; resulta también que no es la única sanción aplicable a ésta: a ella son aplicables cualquiera de las sanciones previstas (1.030), poseyendo la Administración "potestad discrecional para imponer la sanción adecuada, entre las que se establecen en los arts. anteriores para cada tipo de faltas" (1.031). Más, hablar hoy de discrecionalidad en el ámbito jurídico-administrativo, no significa hablar de absoluta y total libertad de actuar respecto de la materia de que se trate: un puñado de artículos, en este

(1.030) A diferencia de las faltas graves, por las que se podrán aplicar todas las previstas excepto las reservadas para las muy graves (entre ellas, la separación del servicio), y de las leves por las que solo pueden aplicarse las expresamente reservadas a ellas.

(1.031) Art. 20 del Reg. citado.

este ámbito de la Administración del Estado (1.032), permiten el control de la discrecionalidad cuando existe desviación de poder, es decir, "ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento jurídico" (1.033). La remisión al "Ordenamiento jurídico", es decir, no sólo a la parcela administrativa de éste, sino también, entre las demás, a la penal, hace no aventurada, sino todo lo contrario, la afirmación de que el acto administrativo que, en el supuesto descrito aplicase la sanción de separación del servicio incurriría en desviación de poder. Porque no cabe duda de que se apartaría de los fines fijados por el ordenamiento aquel acto administrativo que a, la vista de una determinada falta disciplinaria, impusiera por esta una sanción que muestra que el desvalor que encierra la conducta descrita por la norma infringida, es mayor que el que parece merecer, atendiendo a una pena de mucho menos graves efectos que aquella sanción, la concomitante conducta descrita por un determinado tipo de la ley penal, siendo así que el valor del bien jurídico protegido por esta última ha merecido al legislador tanta más estimación que el protegido por la norma disciplinaria, como para incluir la protección del primero en la ley penal, mientras que dejaba la asistencia del segundo a la ley administrativa, configurándose en la ley penal un tipo que es clara muestra de que comprende el desvalor reflejado por la configuración del tipo de falta disciplinaria en la ley administrativa. Dicho a modo de resumen: tal falta disciplinaria nunca podría ser sancionada, sin incurrir en desviación de poder, con separación del servicio, sino con otra menor sanción, lo que es posible a

(1.032) Arts. 40, 48 y 115 LPA y 83,2 y 3 LJCA.

(1.033) Art. 83,3 LJCA.

la vista de que no sólo es ésta sino otras las sanciones previstas por la ley para las faltas disciplinarias muy graves (1.034). En suma: también aquí sería posible la consunción (1.035).

6. Crítica a la justificación y fundamentación del Derecho disciplinario de funcionarios como ámbito "interno" de poder de la Administración. Tras cendencia y significación de las distintas posturas ante las relaciones Derecho penal-Derecho disciplinario.

Señalaré unos ejemplos de lo que llevo dicho (1.036):

(1.034) La interpretación que propugno no sólo es posible, como espero haber demostrado, sino (ella u otra similar) obligada, si se comparte la opinión de PARADA de que "una potestad sancionadora administrativa, que implica sanciones del mismo grado o entidad que los Tribunales Penales infringe manifiestamente dos artículos de nuestra Ley Orgánica... el art. 31... (y) el párrafo segundo del art. 2o..." (intervención en los coloquios sobre "Estudio crítico sobre la legislación de prensa", Madrid, Edita: Círculo de Estudios Jurídicos, 1970, pgs. 78-80. V. también en este mismo lugar la intervención de GARCIA DE ENTERRIA, en que se muestra partidario de aplicar en general las garantías propias del Derecho penal al administrativo sancionador -pg. 120- y en particular la prescripción en aquellas zonas del Derecho administrativo sancionador en que no se halle específicamente prevista -pgs. 121 a 124-.

(1.035) Es decir, si se dan las demás exigencias de esta: ataque al bien jurídico a que se refiere el tipo de delito y comprensión, en el desvalor de la conducta que describe, del desvalor que implica el comportamiento en que consiste la falta disciplinaria. Obviamente, de que se den estos dos requisitos parto para la anterior argumentación.

...

- (1.036) Que por lo demás (lo que llevo dicho), es ya suficiente para reponer a las tres diferencias que, con innegable maestría sintética, señalara ANTON ("Parte General" cit., pg. 10) entre Derecho penal y Derecho disciplinario: frente a la de que "el primero se ordena a la defensa del orden jurídico general" mientras que "el segundo mira a la mejor organización de un servicio público", hay que oponer que no es dable separar de ese orden general la organización administrativa (que, como los demás bienes jurídicos, está insita en él, siendo su protección una parte de la total protección de ese orden general (en este sentido: CEREZO, "Límites..." cit., en ADPCP cit., pg. 171, en III Jornadas de Profesores..." cit., pg. 91 y "Curso..." cit. pgs. 45-46); frente a que "si en aquel domina el principio nullum crimen, nulla poena, sine lege, y las infracciones, por la mayor importancia de la sanción están cuidadosamente definidas, en el derecho disciplinario no suele haber tipos legales dotados de especiales conminaciones", hay que oponer la necesidad imperativa de corrección (ya en curso) del Derecho disciplinario en este punto (como corresponde a su actual situación de Derecho penal primitivo en evolución de aproximación a los principios garantizadores característicos del Derecho penal; en este sentido: V. autores citados en la AMPLIACION DE NOTA IV; en particular, V. PARADA, "Poder sancionador..." cit., pg. 44, donde rechaza el valor absoluto que se da a los dos extremos del argumento contestado -ni en todos los delitos hay una completa tipificación, ni la tipificación está ausente en todo el Derecho disciplinario-); por último, frente a que "mientras el poder penal del Estado es ejercicio por los órganos de la jurisdicción criminal y el procedimiento termina en sentencias irrevocables, el disciplinario se ejercita por autoridades administrativas, y da lugar a resoluciones por lo regular revocables", hay que oponer que, partiendo de lo dicho en el punto anterior y, como consecuencia, de la precisión de trasladar los principios y elementos penales al sistema disciplinario, a) puede resultar más adecuada, sentadas las anteriores garantías, la actuación administrativa, b) en todo caso, la revocación de las decisiones administrativas corresponde, en último término, a un órgano jurisdiccional (tribunales contencioso-administrativos, actualmente), por tanto dictador de sentencia igualmente irrevocables, y c) resulta necesaria la sustitución, en esa intervención judicial, de tales tribunales por lo penales (en este sentido, p.e.j.,:...

Como ha manifestado CORDOBA (1.037), "el funcionario público que revelare los secretos indicados en el art. 122 número 6, cumple además el tipo del art. 367 (1.038); y pese a que los intereses concretamente tutelados en cada uno de estos dos preceptos difieran, deberá rechazarse, en atención a lo dispuesto por el artículo 140 la estimación del art. 367". Pues bien, además de ello y por idénticas razones, en atención ahora a las sanciones que puede conllevar (1.039), si el funcionario público es de la Administración Civil del Estado tampoco puede estimarse la falta de los arts. 88, primer inciso, de la LFCAE y 6, e) del Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración Civil del Estado, es decir, "la violación del secreto profesional", porque, en caso contrario, ¿dónde reside el arcano del argumento que, por apreciar un delito, rechaza otro delito sobre la base de la "voluntad de la ley, manifestada en la configuración de los tipos" (1.040) y, en cambio, no justifica la igual desestimación de una falta disciplinaria cuyo tipo, a su vez, se encuentra abarcado en el delito rechazado?. El misterio sólo puede desentrañarse aceptando una esfera cerrada ("interna", impenetrable para el resto de la sociedad: en definitiva, otro "misterio") de poder de la Administración sobre sus funcionarios, lo que, aunque sólo sea porque estos son públicos, resulta a todas

... PARADA, "Poder sancionador..."cit.,pgs.44-45 y 91-93;NIETO, "Problemas capitales..."cit.,pgs.80-83.

(1.037) "Comentarios...." T. II. cit., pg. 355.

(1.038) El autor se apoya en este punto en ALVAREZ y VIZMANOS, "Comentarios al Código Penal", Vol. I, Madrid, 1848, pgs. 312 y ss.: ob. cit., pg. 355 n. 16.

(1.039) Y teniendo presente lo últimamente dicho.

(1.040) CORDOBA, "Comentarios..." T. II, cit., pg. 355.

luces intolerable ; porque (insisto, a conciencia de resultar reiterativo) los funcionarios no existen sólo porque trabajan para la Administración (1.041), sino que existen porque trabajan para los ciudadanos a través de una organización (Administración); la Administración no es fin en sí misma, sino medio hacia otro fin (servicio a los ciudadanos), la protección jurídica de este medio (organización) está efectivamente justificada, más no aisladamente ("domésticamente"), sino en relación al objeto (también protegido jurídicamente) a que está dirigido: conexión que comunica los ilícitos penales con los disciplinarios, de forma que no permite la implantación de una barrera entre ambos que acote los segundos incomunicándolos de los primeros, sino que, muy al contrario, establece una fluída relación entre ellos.

En efecto, una esfera "interna" así configurada, admitiría, en el ejemplo anterior, además de la pena por el delito, la sanción administrativa por la presencia de una infracción disciplinaria y negaría el "bis in idem" no por ausencia de "bis" sino por inexistencia de "idem". En atención a la consideración de una "potestad doméstica" contrapuesta a una potestad general, de un ámbito interior regido por relaciones de sujeción (ó supremacía) especiales distinto a un "orden general" en que rigen las relaciones de supremacía (ó sujeción) generales. En su seno, respectivamente y por lo que se refiere al derecho sancionatorio, el Derecho disciplinario y el Derecho Penal, así por completo diferenciados. En suma, lo que se ha dado en llamar, al examinar las relaciones entre ambos, la diferencia cualitativa entre Derecho penal y Derecho disciplinario.

(1.041) Y aunque así fuera, ello tampoco solventaría sin más la cuestión.

Suscribir esta tesis o la contraria (diferencia cuantitativa) ó, en fin, la, a mi entender, "tercera vía" que propongo, no es algo que muestre una pequeña discrepancia de criterio en orden a uno de los innumerables problemas que surgen en el estudio del Derecho penal, sino que reúne gran trascendencia y significación.

Significativo, porque como, con extrema corrección, ha resaltado CASABO, "la decisión viene condicionada por la personal concepción que se tenga del Derecho del Estado ó, inclusive, del propio Derecho penal" (1.042).

Trascendente, porque si se acepta la contraposición de dos distintas "esferas", la "interna" donde se desenvuelve el Derecho disciplinario, y la "externa" regulada por el Derecho penal, perfectamente aisladas entre sí, también los principios rectores o elementos que deban estructurar ambos pueden ser completamente diversos. Y así es, en efecto. De un Derecho disciplinario concebido de este modo, ni siquiera se puede predicar el carácter de Derecho penal primitivo (1.043), porque construido sobre la base de que, por ejemplo, "el ilícito disciplina-

(1.042) Y continúa diciendo: "Si se acentúa la naturaleza pública de las sanciones disciplinarias y se destaca que la disciplina de la Administración pública es un bien que interesa a toda la sociedad, no se podrá mantener, en absoluto, una diferencia sustancial entre el ilícito penal y el disciplinario... Por el contrario, si se destaca la relación específica existente entre el Estado y los funcionarios públicos, podrá decirse que son sustancialmente distintos los ilícitos penal y disciplinario..." ("Comentarios...." T. II, cit., pg. 92).

(1.043) Así, en el análisis de la aplicación de los principios y elementos propios de la teoría jurídica del delito al "derecho sancionatorio administrativo", GARCIA DE ENTERRIA, tras configurar el De

rio se agota en una lesión de la lealtad debida al Estado que ha depositado su confianza en el funcionario" (1.044), es el caldo de cultivo idóneo para que nazcan

... recho disciplinario de la manera que se señala en el texto, se ve en la precisión de admitir que de entre los componentes de ese "derecho sancionatorio administrativo" "podrían... excluirse" respecto de la vigencia del principio de legalidad "algunas sanciones de autoprotección administrativa" (entre las que enumera las sanciones disciplinarias y, más particularmente, las disciplinarias de funcionarios), si bien, añade tranquilizadamente, "en modo alguno podría erigirse un principio general de excepción" ("El problema jurídico de las sanciones administrativas" cit., pgs. 411-412). De igual manera, en cuanto al "principio del injusto típico" dice: "La tipicidad de las infracciones administrativas presenta problemas en dos supuestos: en las faltas disciplinarias, donde se definen como injustos faltas puramente deontológicas, esto es, infracciones éticas más que jurídicas propiamente tales; y en materia de orden público, en la que la LOP califica de injustos enunciados completamente generales e inespecíficos", pues bien, mientras que "esto último es, indudablemente, una imperfección del sistema", "la fórmula de las infracciones disciplinarias de carácter deontológico-profesionales... no sería admisible en un sistema punitivo abstracto basado en una situación de supremacía general (sería el llamado por la doctrina alemana "parágrafo del sinvergüenza", que no llega a tipificar una concreta conducta anti-jurídica punible), pero cabe, sin embargo, bajo una relación de supremacía especial, como expresión tanto de la disciplina interna de la organización como por la cercanía moral de los titulares del órgano sancionatorio, normalmente pares del inculpaado, interpretando un sistema ético que les envuelve a ambos" (ob. cit., pgs. 412-413). Dos negaciones de tamaño importancia como para no poder hablar siquiera de primitivo o arcaico Derecho penal, sino de simples atísbos porque en común tienen su carácter sancionador.

(1.044) MAURACH, "Tratado..." T. I. cit., pg. 11; el subrayado es mío.

y se desenvuelvan fácilmente conceptos tales como el de "deber" (mecánicamente, formalmente, entendido, a través de un juego de presunciones), "lealtad", "fidelidad" (1.045), etc., conceptos que, puestos en relación con el trabajador de la Administración (funcionario) respecto de ésta, denotan tan claramente sus "esencias" absolutísticas (de dominación) que hacen ocioso cualquier comentario (1.046); y además, permiten, habida cuenta de la estructura de dominación en la que desemboca una tal contemplación del objeto de protección, determinar la existencia de las infracciones disciplinarias a base de un juego de presunciones en relación a dicho objeto (1.047). Y siendo así que, a mi entender, es lo cierto, como ha resaltado la doctrina, "que las presunciones son incompatibles con los principios que informan el Derecho penal contemporáneo "

(1.045) Por emplear los utilizados por el propio MAURACH, "Tratado...." T. I, cit. pg. 12.

(1.046) Todavía más, pues incluso se puede llegar a prescindir de la referencia concreta a un "deber" y, sin embargo, poder decir que existe un ilícito disciplinario: V., Maurach, "Tratado..." T. I cit., pg. 12. V. ampliación de Nota V.

(1.047) Volviendo otra vez a MAURACH, este autor concibe el "incumplimiento culpable de un deber impuesto por la función" como "fundamentalmente un puro síntoma de negligencia en el cumplimiento del deber de lealtad, propio del que presta el servicio" ("Tratado...." T. I. cit., pg. 12; el subrayado es mío), con lo que vuelve a incurrir en el olvido de sus propias afirmaciones anteriores según las cuales el ilícito disciplinario consiste en "una lesión" de la lealtad debida al Estado que ha depositado su confianza en el funcionario" (ob. cit., pg. 11; el subrayado es mío). Claro que no puede extrañar una tal aceptación de lo posible por lo efectivo, en un autor que piensa sin rebozo que el derecho disciplinario "constituye.... un típico "derecho de autor" (ob. cit., pg. 11, n. 41).

(1.048), la diferencia es tan fundamental (1.049) como para negar de raíz, en tanto se mantengan tales planteamientos en la configuración del Derecho disciplinario, toda posibilidad de aproximación de éste al Derecho penal (1.050).

(1.048) Marino BARBERO SANTOS, "Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto", en ADPCP, T. XVI, fasc. III, septiembre-diciembre 1973, pg. 492.

(1.049) Pues, como resalta el propio BARBERO, en opinión de BLASCO FERNANDEZ DE MOREDA ("Sobre el concepto y alcance del delito de tenencia y portación de armas de guerra", en "La Ley", 6-noviembre-1968, pg. 3) "una presunción legal iuris et de jure se opone en sede penal a los principios fundamentales de todo ordenamiento jurídico merecedor de tal calificación" ("Contribución..." cit., pg. 495). En el mismo orden de ideas, es también aplicable aquí la opinión del propio BARBERO, respecto a la compatibilidad del principio de legalidad con aquellos delitos de peligro abstracto en los que "se niega la necesidad de comprobar la idoneidad de la acción para producir el peligro que la ley pretende evitar o la subsistencia de este" (ob. cit., pg. 493), es decir, con no auténticos delitos de peligro abstracto, sino con los delitos de peligro presunto (categorías que deben diferenciarse justamente por la precisión o no de comprobar la idoneidad), en relación a ello dice el citado autor: "Solamente una concepción meramente formal del delito, que pudiese como fundamento de la ley penal la infracción de un puro deber de obediencia a las normas del Estado, salvaría sin dificultad esta grave contradicción. Más esta tesis, que tuvo gran auge hace unos decenios, puede considerarse por fortuna de nuevo superada, ya que se opone a las exigencias de un derecho penal liberal. A esta tesis que tuvo en BELING uno de sus más apasionados defensores, dedicó HIPPEL una dura pero justa frase: constituiría un disparate por parte del legislador el castigar una "pura" desobediencia que no produjese en absoluto un peligro para un determinado bien jurídico" (ob. cit., pg. 494).

(1.050) En contra de lo expresado por los acuerdos del " III Congreso Internacional de Derecho Comparado" según los cuales, "a) El Derecho penal y el

7. La moderna doctrina española dominante.

A) Las importantes y negativas consecuencias que con lleva el mantenimiento de una tesis como la acabada de describir, ha llevado a la moderna doctrina española a su rechazo y al mantenimiento de la contraria (1.051):

... Derecho disciplinario son de naturaleza idéntica. Son dos variedades del Derecho social de castigar que se ejercen en medios diferentes... b) Su radical comunidad de naturaleza se traduce cada vez más marcadamente, por una concepción concordante de la pena, a reserva de las necesarias adaptaciones... Debe ser continuado este movimiento de aproximación de lo disciplinario y lo penal, importando, sobre todo, que se instituyan garantías suficientes en favor del sujeto a régimen disciplinario, especialmente en materia procesal. c) Pese a lo dicho, una asimilación integral en todos los detalles técnicos entre ambas ramas del Derecho represivo no parece posible, ni siquiera deseable, debiendo quedar la disciplina confiada a un organismo distinto del puramente judicial, a ser posible, del propio cuerpo interesado..." (en ADPCP, T. III, Fasc. III, sept-dic. 1950, pg. 727).

(1.051) Que la manera de proceder, en la actual doctrina española, es esta, es decir, actuar para el mantenimiento de la propia opinión por contraposición a las tesis de la "diferencia cualitativa", puede comprobarse en CASABO, "Comentarios..." T. II cit., pgs. 87 y ss. (pg. 87: "A) Teorías que defienden criterios de diversidad cualitativa", pg. 90: "B) La teoría que considera el ilícito disciplinario de naturaleza penal"), BARBERO, "Heinz Mattes...." cit., pgs. 15 y ss. (pgs. 16-17: "El significado de la contribución de Mattes al tema es el siguiente: oponerse a la doctrina de su país, sostenida muy particularmente por los tres autores citados (en las páginas 15 y 16; se refiere a los, ya clásicos, cualitativistas GOLDSCHMIDT, WOLF y Eberhard SCHMIDT) (aunque no falten en absoluto cualificados contradictores) que pretenden distinguir ontológicamente entre un derecho penal criminal y un derecho penal administrativo"), CEREZO, "Curso..." cit., pgs. 44 y ss., "Límites...." cit. en ADPCP pgs. 170 y ss., en "III Jornadas de Profesores ..." cit., pgs. 89 y ss. ("Curso...", pgs. 44-45:

la esencial identidad de Derecho penal y Derecho disciplinario únicamente diferenciables cuantitativamente, en razón de mayor o menor gravedad; más concretamente, por lo que aquí importa, la mera diferencia cuantitativa entre los "delitos de funcionarios" y los "correspondientes" ilícitos disciplinarios de funcionarios. Ello no es sorprendente, a la vista de las sólidas razones a que atien-

... critica la opinión -diferencia cualitativa- de MAURACH; pg. 45: rechaza la tesis -cualitativa- de CAETANO; pgs. 45-46: niega la viabilidad de los criterios -cualitativos- de CUELLO CALON y ANTON; pg. 46: señala su propia postura -cuantitativa- al respecto), QUINTERO ("Represión penal..." cit. pgs. 68-70), de igual forma RODRIGUEZ DEVESA, "Parte General" cit., pgs. 27 y ss. (pg. 27: "La cuestión de la "independencia" puede enfocarse de dos modos. Uno, buscando una diferencia cualitativa con el derecho común. Otro, que con mayor modestia se limita a sostener que la relación es de ley común a ley especial. En lo que sigue trataré con el posible detenimiento de mostrar la inoperancia de los intentos hechos hasta ahora en la primera dirección- de escisión y sustantividad, con el consiguiente pluralismo-"). Difiere de este generalizado procedimiento de la más actual doctrina española, MUÑOZ CONDE, quien parece entender que la cuestión está ya suficientemente debatida, tanto como para afirmar que el problema es "insoluble", afirmación que no obsta (quizás por lo insatisfactoria que es) para que adopte postura, decantándose por la tesis cuantitativa, aunque, sin duda, por partir de la ausencia de solución, no justifica de manera alguna la elección; tanto habría valido aceptar la contraria. Todo queda resuelto de un plumazo: "El tema se ha convertido en uno de los problemas insolubles que tienen planteados los juristas y ninguna de las teorías que se han dado al efecto de la delimitación, unas basadas en razones cualitativas, otras en argumentos cuantitativos, son del todo convincentes. Parece, por tanto, más acertada la conclusión a la que llegan numerosos autores de que no existe diferencia sustancial entre estos dos tipos de sanciones" ("Introducción...." cit., pgs. 64 i.f. -65).

de, y, sobre todo, a la vista del impulso que mueve estos autores: erradicar las graves e injustas consecuencias, de entre ellas la más espectacular el "bis in idem", a que conduce la tesis "cualitativista". Pero si es sorprendente, en cambio, que tal esencial identidad entre "delitos de funcionarios" e ilícitos disciplinarios, la intente en el terreno mayoritaria y casi unánimemente entendido como característico de estos últimos, es decir, en la esfera de los deberes; no, como parecería lo lógico pues se afirma la "naturaleza penal" de tales ilícitos disciplinarios, en el más propio terreno del Derecho penal, esto es, en el área de los bienes jurídicos (1.052). El camino queda así fácilmente desbrozado: ¡ Lo raro sería que, afirmándose el carácter de infracción de deberes respecto de los "delitos de funcionarios" y no habiendo negado nadie (por supuesto tampoco los partidarios de la diferencia cualitativa) tal caracterización para los ilícitos disciplinarios, no se hallará una comunidad "esencial" entre ambos! . Dicho de otra manera: los "cuanti-

-
- (1.052) Incontestable, en mi opinión, apoyatura de la afirmación de este hecho es toda la doctrina española que he recogido más atrás en relación al bien jurídico en los delitos del Tit. VII. Sin embargo, la sorpresa se desvanece si se tiene en cuenta que tanto los comentaristas españoles clásicos (V. la opinión de GROIZARD recogida entre la doctrina acabada de aludir) cuanto, sobre todo, la doctrina alemana (incluso anterior a los "cualitativistas" que son ya lugar común de referencia de los autores españoles, es decir, GOLDSCHMIDT WOLF y Eb. SCHMIDT: V., p. ej., SCHÜTZE, "Amtsverbrechen" cit., 1870, pg. 50; MEVES, "Das Wesen der Amtsdelikte..." cit., 1877 pgs. 224 y 227-231; V. también de este mismo autor, voz "Amtsverbrechen", último apartado del cap. XI ("Die Verbrechen gegen den Staat") del "Handbuch des Deutschen Strafrecht" "herausgegeben von Dr. Fr. v. Holtzendorff, Vierter (Supplement) Band, Berlin, Verlag von Carl Habel (C.G. Luderitz'sche Verlagsbuchhandlung), 1877, pgs. 339-340), plantean la cuestión en los mismos términos (V. la doctrina alemana reproducida más atrás al tratar del bien jurídico en los "delitos de cargo").

tativistas" se oponen a los partidarios de la diferencia cualitativa, afirmando la igualdad "Substancial" entre "delitos de funcionarios" y faltas disciplinarias, frente a la opinión de estos otros que diferencian unos de otras sobre la base de la distinción entre relaciones de sujeción (o supremacía) generales (Derecho penal) y especiales (Derecho disciplinario). Pues bien, para demostrar su razón, los primeros ("cuantitativistas") incluyen los "delitos de funcionarios" en la esfera de las "relaciones especiales" y afirman, en consecuencia, su caracterización (común a la de las faltas disciplinarias) en torno a la infracción de un deber. Con ello, pues, no están demostrando la "naturaleza" penal de las faltas disciplinarias, sino la naturaleza disciplinaria de los delitos de funcionarios; no atraen aquellas a la esfera de lo penal, sino que erradican de ésta a los delitos de funcionarios.

Por el contrario, a mi juicio para demostrar la "naturaleza" penal del ilícito disciplinario, sólo hay, pues, dos posibilidades: o, partiendo de aceptar la distinción entre relaciones de supremacía generales y especial, atraemos tales ilícitos al ámbito de las primeras, o bien negamos validez a la distinción y mostramos con otros criterios la igualdad entre ilícito penal y disciplinario.

Por tanto, no entiendo correcta la criticada forma de proceder de la doctrina penal dominante. En mi opinión, para demostrar la "naturaleza penal" del Derecho disciplinario (1.053) y, más concretamente, la "naturaleza penal" de los ilícitos disciplinarios en relación a -

(1.053) Lo que en absoluto niego, según se desprende de lo que llevo dicho.

los "delitos de funcionarios", ha de plantearse la cuestión, lógicamente, en el terreno que da carácter al Derecho penal, allí donde impera "la necesidad de que el derecho penal subjetivo (esto es, entendido "como facultad de imponer penas y medidas de seguridad") se ejerza únicamente para proteger "bienes jurídicos" (1.054), porque entender "que la protección penal solo puede extenderse a los bienes jurídicos" es una ineludible exigencia de la determinación de los "límites del poder punitivo" (1.055).

B) Desde otro punto de vista, también se justifica esta manera de proceder, porque, en mi opinión, aquellos autores que configuran el ilícito disciplinario como un incumplimiento del deber, sin ir más allá en la explicación, es decir, sin justificar la existencia de este deber, pueden no tardar en encontrar en ello el fundamental punto común con el Derecho penal, sí, reconociendo que el delito es "la acción penada por la ley", es decir, admitiendo "el monopolio de la ley para la creación de los delitos", llegan a entender con alguna doctrina que "la más importante de las consecuencias que tiene el supeditar el concepto de delito a la ley es que con ello todas sus características vienen penetradas por la idea de deber jurídico, pues la ley penal opera siempre mandando o prohibiendo una conducta" (1.056); parecen hallar

-
- (1.054) MIR, "Introducción..." cit. pg. 128; subrayado y entrecomillado en el original; la interpolación corresponde al autor, ob. cit., pg. 113.
- (1.055) MIR, "Introducción..." cit., pg. 140.
- (1.056) RODRIGUEZ DE VESA, "Parte General" cit., pg. 271-272; los subrayados en el original. Si además de ello se piensa (como lo hace este autor: ob. cit. pg. 273 y 359-360) que "no todo delito es, en contra de lo que generalmente se sostiene, la

... lesión o puesta en peligro de un bien jurídico" (negación de la validez general de un "tópico" - en palabras del propio RODRIGUEZ DEVESA: ob. cit., pg. 273, n. 10- que ha merecido una severa crítica por parte de BARBERO: "Contribución ..." cit., pg. 494, n. 30, a la que cabe añadir que aunque fuera cierto - cosa que no creo - que dicho tópico "viene negado en algunos casos por la ley -mediante tipos de simple actividad y de peligro como el del art. 340 bis c) alegado por RODRIGUEZ DEVESA -, deducir de ello la invalidez del principio de que en todo delito tiene que haber una lesión o puesta en peligro concreta o abstracta -nunca presunta-, es actuar con esa "lógica de los juristas" que ha criticado BARCELONA al poner de manifiesto como "las fórmulas elaboradas por los juristas.... cumplen esencialmente la función de legitimar las relaciones de poder existentes en la realidad", esto es, la lógica "de Palmström: "debe ser así porque así es" - "Prólogo" de "La formación del jurista" cit., pg. 10; sobre "la lógica de Palmström" V. Ulrich MÜCKENBERGER, "La legitimación a través de la negación de la realidad", "excursus II", en "La formación de los juristas" cit., pgs. 98-99 - V. una bien distinta demostración de la existencia de delitos sin bien jurídico que la señalada por RODRIGUEZ DEVESA, en QUINTERO, "Represión penal..." cit., pgs. 92-100, de la que precisamente se deduce la necesidad de que todo delito suponga la protección de un bien jurídico), resultara que el único dato común a todo delito y, por tanto, la única categoría conceptual en torno a la que construir, con pretensión de validez general, una teoría del delito, es precisamente el deber jurídico: así, RODRIGUEZ DEVESA (coherente con su planteamiento de que no en todo delito hay lesión o puesta en peligro de un bien jurídico) afirma a continuación, "pero en todo delito hay la infracción de un deber de actuar o no actuar impuesto por la ley" (ob. y pag. cit.). Sorprende (no tanto por su planteamiento, en el que, como se ve, parece admitir que si bien no en todo delito si en la mayoría de ellos hay una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, cuanto porque los demás autores, aun los que no aceptan tal planteamiento, configuran, según ya he resalta-do, los "delitos de funcionarios" en torno al deber) que sea precisamente RODRIGUEZ DEVESA (después seguido por CASABO) quien resalta, aunque admitiendo que todos son una infracción de un deber, que algunos de los "delitos de funcionarios no se agotan en esa infracción, sino que protegen un bien jurídico y, en consecuencia,

aquí el punto que define lo común "naturaleza" de los delitos y los ilícitos disciplinarios y, sin más, detienen el análisis: sin transcender, en consecuencia, de una mera concepción formal del delito. Con ello incurren, a mi entender, en una "pérdida del equilibrio conceptual", según el contenido que a este fenómeno da STRAWSON, es decir, padecen "de una especie de ceguera colectiva que suprime grandes extensiones del campo de visión intelectual, pero que permite que se destaque una parte del mismo con una claridad muy particular" (1.057).

C) En suma, creo que la fundamental cuestión a resolver, partiendo de la base de la determinación del bien o bienes jurídicos protegidos por los "delitos de funcionarios", es si los ilícitos disciplinarios protegen a su vez también un bien o bienes jurídicos. Si afirmamos, estaremos admitiendo el fundamental carácter común con el Derecho penal; si negamos, estaremos fuera del ámbito de éste. Prosiguiendo la vía afirmativa, la siguiente interrogación será si tal bien o bienes jurídicos es o son el o los mismos que en los "delitos de funcionarios". Si volvemos a afirmar, concluiremos que no hay más diferencia entre unos y otros que la meramente cuantitativa y, en consecuencia, cuando ambos concurren podremos normalmente establecer entre los dos una relación de especialidad que resolverá el "bis in idem". Si negamos (sentada ya la común caracterización penal), concluiremos que el

... propugne un análisis singularizado de cada uno de esos delitos para saber cuales consisten solo en la infracción de un deber y cuales, además de ello, atacan también un bien jurídico (V. más atrás).

(1.057) P. F. STRAWSON, "Analyse, science et methafysique", en "La Philosophie Analytique", Paris, 1962, pg. 113, citado por CARRIO, "Sobre el concepto de deber jurídico", Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot 1966, pgs. 41-42.

"delito de funcionario" y el ilícito disciplinario son, desde esta perspectiva, heterogéneos; que existe entre ellos una diferencia cualitativa en tanto que dos diferentes bienes jurídicos, aunque en este caso preordenado el uno al otro, encierran dos distintas cualidades; en consecuencia, cuando uno y otro ilícito concurren, normalmente podremos establecer entre ellos una relación de consunción, por la que el primero (ilícito penal) consume al segundo (ilícito disciplinario), que evitará el "bis in idem".

Sobre todo ello he tomado ya postura en páginas anteriores, que se resume en afirmar a la primera cuestión planteada y negar a la segunda. No me extenderé, pues, más en ello.

8. Otras precisiones.

Sin embargo, son todavía necesarias algunas precisiones en relación a todo lo anterior.

A) En primer término, que si más atrás he afirmado que entre los "delitos de funcionarios", y las "correlativas" "faltas disciplinarias" existe una "diferencia cualitativa", por cuanto en los primeros para la determinación del bien jurídico se examina la conducta del funcionario en relación a los ciudadanos, mientras que en los segundos para idéntico fin es relevante la relación del funcionario con el Estado, no debe verse en ello una contradicción con todo el posterior desarrollo aunque, aparentemente, pudiera parecer así. Ello por varias razones. Primera, porque tiene un valor de planteamiento inicial, que creo claro para el comienzo del estudio de la cuestión. Segunda, porque inmediatamente, señalo el engarce, la relación de progresión que existe entre uno y otro bien jurídico, de forma que el segundo se encuentra presente en la estructura lógica y jurídica del primero. Esto no quiere decir, y esta es la tercera razón,

que se identifiquen, sino que, siendo distintos, existiendo entre ellos una cualitativa diferencia, el ataque a uno conlleva el ataque al otro y algo más. Cuarta, y esto es lo que aquí me importa más destacar, porque una tal formulación resulta fielmente expresiva de la respectiva titularidad de cada uno de estos bienes jurídicos, es decir, de los respectivos sujetos pasivos del "delito de funcionario" y la falta disciplinaria: la sociedad en el primero y el Estado (la Administración) en el segundo. Lo que no implica contradicción con la afirmación de que el primer bien jurídico de los que hablo está preordenado al segundo, sino que únicamente resalta la mayor inmediación (o inmediatez) del bien jurídico propio de las faltas disciplinarias de funcionarios (la organización administrativa) con el Estado, aunque en ulterior instancia, mediatamente, también aparezca un interés de los ciudadanos en su mantenimiento (1.058).

-
- (1.058) En cambio, en el correcto (esto es, legal, imparcial, oportuno, no venal, etc.) desenvolvimiento de las actividades administrativa y judicial, (bien jurídico en los "delitos de funcionarios"), se detecta, y es necesario resaltar, una directa, inmediata, conexión con la sociedad. El hecho de que se afirme, en materia de sujeto pasivo, que el Estado "encarna el interés de la sociedad en que sean respetados los bienes jurídicos que el derecho penal tutela" (RODRIGUEZ DEVESA, "Parte General" cit., pg. 335), no permite deducir que el Estado sea el inmediato titular de tales bienes jurídicos, sino que, se dice, lo es en algunos delitos, y mediatamente en todos los demás (autor y ob. cit., pgs. 334-335). Respecto a los "delitos de funcionarios", no se puede aceptar que el Estado sea el inmediato sujeto pasivo, y ello porque tal perspectiva podría hacer olvidar, en beneficio de esa "encarnación", que son precisamente aquellas personas que, a su vez, son "encarnación" del Estado, las que al desempeñar una actividad en servicio a los ciudadanos, cometen tales delitos. El mecanismo de representación de la sociedad por el Estado, no tiene a-

En mi opinión, el juego de estos intereses (estatal y social) plantea, en general, una de estas tres posibilidades que exista una dualidad de intereses, estatal y social, contrapuestos, que entran en conflicto, lo que jurídicamente hay que resolver decantándose por la protección del interés social; que exista un solo interés, el estatal, pero socialmente aceptado y aún reclamado para el Estado, lo que implica trazar un paralelo (y mediano respecto al objeto de ese primer interés) interés social en el mantenimiento del estatal de referencia, lo que hará digno a este último de protección jurídica; que, por último, exista también un sólo interés, estatal, sin contrapuesto ni paralelo interés social, el cual, desde el punto de vista jurídico-sancionador, no puede ser objeto de protección sin implicar un abuso del poder sancionador del Estado. Pues bien, a mi entender, en relación al objeto de protección de las faltas disciplinarias de funcionarios se da la segunda de las situaciones descritas, es decir, un inmediato interés estatal en el mantenimiento de la organización administrativa, no sólo socialmente aceptado, sino también, socialmente demandada su ostentación por el Estado, lo que, en consecuencia, engendra un mediano interés social, respecto a dicho bien jurídico.

B) Entiendo necesario, en segundo término, hacer to

... quí la relevancia habitual; las acciones en que consisten los "delitos de funcionarios" recaen sobre bienes jurídicos cuya titularidad no ha sido "cedida" al representante, sino que está directamente ostentada por los ciudadanos en cuanto conjunto, por la sociedad. En consecuencia, serán estos ciudadanos los más inmediatos titulares de un interés en la "correcta" realización de ese servicio, y no el Estado quien solo en segundo término ostenta dicho interés. Invirtiéndose, en cambio las posiciones, respecto al interés en mantener una organización eficaz que propicie un "correcto" desempeño de las actividades al servicio de la sociedad.

davía otra precisión: hace ya algún tiempo, pero todavía recientemente, afirmó PARADA, y es menester recordarlo, que "hasta ahora el tratamiento del poder sancionador de la Administración ha consistido en un estudio sectorial y problemático: sectorial por haber sido abordado con timidez, pero sin conexión ni esfuerzo coordinado por el Derecho administrativo y el Derecho penal, por cuanto a todos afecta, al menos, como una cuestión de límites; tratamiento problemático, por cuanto el carácter de zona fronteriza que ha pesado siempre sobre las sanciones administrativas ha llevado a la ciencia penal española a renunciar a un estudio frontal y exhaustivo, gastando toda la energía discursiva en la eterna cuestión previa sobre la adscripción de este sector del ordenamiento a una y otra disciplina jurídica y condenando -lo que es muy propio del Derecho penal- a las sanciones administrativas a un obsesivo y constante problematismo. Efectivamente, desde que GOLDSCHMIDT publicó en 1902 su famosa obra sobre Derecho penal administrativo, la ciencia penal española no ha dejado de preguntarse metafísicamente sobre el carácter de las sanciones administrativas, desdeñando el estudio del material normativo en que refleja en nuestro Derecho, desdeñando asimismo hacer uso de un comparatismo elemental que sirve de medida para graduar el desarrollo de las sanciones administrativas y desdeñando, por último, todo tipo de historicismo que permita saber de donde viene ese poder a la Administración española y adonde nos puede llevar si no se corrige su trayectoria" (1.059).

(1.059) "Poder sancionador..." cit., pgs. 42-43; el subrayado es mío. V. a continuación (ob. cit., pgs. 43-46) las razones por las que, en su opinión, "los penalistas repudian el estudio de la legislación administrativa represiva", y su refutación a las mismas.

Desgraciadamente, la crítica sigue teniendo hoy vigencia; por lo menos en lo que concierne a una parcela de ese Derecho administrativo sancionador: el Derecho disciplinario y, dentro de él, el Derecho disciplinario de funcionarios (1.060).

b) Efectivamente, en relación a esta crítica hay, como mínimo, un hecho que resulta poco menos que incomprensible.

Me refiero (y vuelvo a un tema que dejé en suspenso más atrás), a que la mayor parte de la doctrina penal española afirme la existencia de una diferencia cuantitativa entre ilícito penal y disciplinario; pues tal idea es una flagrante contradicción con el señalado material normativo al que, imprescindiblemente, hay que acudir.

En efecto, dejando al margen las distintas normas, antes aludidas, en las que se impone responsabilidad disciplinaria "sin perjuicio" de otras responsabilidades, normas que, pese a su diáfana intención de compatibilizar varias sanciones (disciplinarias y penales), pueden ser susceptibles de hábiles maniobras exegéticas que, cuando menos, neutralizen tal efecto; incluso no atendiendo a

-
- (1.060) Crítica que podría transformar el autor citado en autocrítica por lo que respecta a la señalada parcela del derecho sancionador, que margina de su estudio a través de la indicación de "zonas pacíficas y zonas polémicas en aquel" y la ubicación de las "sanciones disciplinarias que la Administración impone a sus funcionarios" entre las primeras (ob. cit. pg. 46). Porque estas no suscitan solo la cuestión de "la justificación misma de que la Administración puede sancionar a sus funcionarios" (que en todo caso, no resulta tan elementalmente pacífica como sugiere el autor) sino también muchas otras; entre ellas, por lo que aquí respecta, su engarce con el De-

otro tipo de normas cual el artículo 100,1 del Reglamento de Funcionarios de la Administración Local (1.061) que al declarar que "los funcionarios de la Administración Local estarán sujetos a responsabilidad administrativa, civil y penal, por actos u omisiones en el ejercicio del cargo, o que afecten a su condición de funcionario", indudablemente no puede estar incurriendo en el pueril propósito de indicar que a los funcionarios de este orden también son aplicables los "delitos de los funcionarios públicos" a que se refieren las leyes penales, lo que es obvio sin necesidad de esa explícita referencia legal, sino que más bien está declarando la compatibilidad de una y otra responsabilidad por un mismo hecho; aun dejando -digo- al margen estas normas, bastarían las contenidas en los artículos 88,a), segundo inciso, de la LFCAE (1.062) y 106,3 b), del RFAL, para concluir que la acumulación de delitos y sanciones que implican, no permite deducir diferencia cuantitativa alguna, sino que de nota que para el legislador y la ley existen dos órdenes cualitativamente distintos de ilicitudes que admiten la acumulación de sanciones sobre un mismo hecho. Así es, en efecto, porque ¿qué cuantitativa diferencia hay entre un determinado delito doloso cometido por un funcionario y la falta disciplinaria de realización de "cualquier conducta constitutiva de delito doloso" (1.063) ó la de realizar "actos u omisiones cometidos con malicia, constitutivos de delito" (1.064)?.

... recho penal y, singularmente, dentro de él, con los "delitos de funcionarios", lo que, sin embargo, abandona PARADA en su, por lo demás, excelente estudio.

(1.061) D. de 30-V-1952.

(1.062) Art. 6 d) del Reglamento de Régimen disciplinario.

(1.063) LFCAE, art. 88, a) y Reglamento de régimen disciplinario, art. 6,b).

(1.064) Art. 106,3o. b) del RFAL.

Si alguna duda puede caber, la interpretación que, por ejemplo, da la S.T.S. de 23-XII-1959 la desvanece; dice la citada resolución que "... el artículo 106-3o.b) del Reglamento de funcionarios, texto legal éste de cuyo claro significado se induce que la Administración, ni si quiera en el ejercicio de su facultad disciplinaria, puede valorar los actos de quienes a ella están vinculados para discernir si constituyen o no delito: ésta es función específica, inalienable y no delegable de los Tribunales de la Jurisdicción penal; art. 1o. de la L.E.C.r.; y de ahí que cuando el Ayuntamiento de la O. de R., al hacer suya la propuesta del Instructor sanciona al recurrente con la separación del cargo, dando como probado hechos que de ser ciertos constituían delito, invade una esfera que no le es propia, e incurre en abuso de poder; tan sólo en el caso de que el Tribunal competente declare que tales hechos han sido ejecutados por el señor S. y que ellos integran algún delito, podrá la Corporación en el oportuno expediente, apreciar el concurso de la falta muy grave comprendida en el artículo 106 3o., b) antes citado; por eso el acuerdo impugnado invierte los términos, cuando primero sanciona la falta a su entender integrante de delito, y luego manda dar cuenta al Juzgado de Instrucción; de cuanto antecede se desprende sin duda alguna que el acuerdo impugnado no puede ser mantenido y es procedente dejarlo sin efecto... (pero) oportuno es mantener la suspensión provisional en tanto no sea resuelto el procedimiento penal que decida si los hechos que se le imputan constituyen o no delito"(1.065). La vincula-

(1.065) El camino a seguir según la jurisprudencia queda reflejado en la STS de 5-III-1959 y otras similares. Ciertamente, en otras sentencias el TS ha señalado la independencia de las decisiones administrativas en materia sancionadora respecto de las resoluciones de los Tribunales penales, como, por ejemplo, en la de 29-XI-1965, más ello

ción, que como se ve, se impone a los órganos administrativos respecto a la decisión del Tribunal penal, no puede llevar a otra conclusión que a la de afirmar la inexistencia de diferencia cuantitativa alguna entre el delito y la falta en estudio. Por ninguna parte se ve que el Tribunal penal esté imponiendo pena por un determinado hecho y la Administración sanción por otro de iguales características, pero de menor gravedad, muy al contrario, desde un punto de vista cuantitativo se pena y sanciona, respectivamente, uno y el mismo hecho. Lo que refuta la tesis mayoritariamente mantenida por la doctrina penal en España.

La explicación de la doble imposición de castigo (pena y sanción) por un mismo hecho, parece que debe basarse, en consecuencia de lo anterior, en la apreciación cualitativamente distinta que de ese mismo hecho efectúan juris-

... ha sido no respecto a la falta de realización de conducta constitutiva de delito doloso, sino respecto a la de falta de probidad, sobre la que indudablemente no pueden ser vinculantes las opiniones de la jurisdicción penal. En relación al primer punto no se puede concluir otra cosa sin abrir un grave conflicto; no solo ya por lo que se refiere a la LECr, mencionada en alguna sentencia como apoyatura de la necesidad de decisión previa de los Tribunales penales, sino también por la precisión que del art. 19 del Fuero de los Españoles se desprende cuando señala que es necesario que medio "sentencia de Tribunal competente" para la estimación de la existencia de un delito; también el C.p. se pronuncia en este sentido: art. 378, segundo párrafo; téngase en cuenta, sobre todo, a estos efectos, la posibilidad de que, si se acepta lo contrario de lo que aquí se mantiene, tras una decisión administrativa, incluso confirmada en vía contencioso administrativa, que apreciara la comisión de un delito por el funcionario de que se trate, el tribunal penal, estimara en cambio, la no comisión del mismo y de ningún otro.

dicción penal y Administración, respectivamente (1.066). Las graves consecuencias que ello apareja y los inaceptables presupuestos de que parte, hacen, sin embargo, rechazable esta postura. Ello aboca a la crítica negativa de la ley, a la acusación de incorrección y a la propuesta de modificación.

Sin que rechace totalmente esto último, creo que ofrecerlo como solución única es enormemente insatisfactorio. Intentar antes una explicación de la realidad positiva a que me estoy refiriendo, a través de la tesis que he propuesto, puede, quizás, conducir a mejores resultados.

Desde esta perspectiva, aceptada la configuración penal de las faltas disciplinarias (punto en común con los delitos) y, en consecuencia, la necesidad de su referencia a un determinado bien jurídico (punto diferencial con los distintos grupos de delitos, a su vez también diferenciados entre sí por igual razón), la cuestión se resuelve en un mero planteamiento de una situación de concurso. Si el delito que se considere no es "delito de funcionario", no veo dificultad a que el problema se solventa por la aplicación de las reglas de los concursos de delitos, lo que puede llevar al doble castigo o a uno sólo pero de mayor gravedad que cada uno de ellos (según

(1.066) Tesis que, sin embargo, sufriría también un duro embate en determinado aspecto con la señalada dependencia de la Administración respecto a la decisión del Tribunal penal, pues, en efecto, algunos autores partidarios de la diversidad en cuanto a fundamento y fines de ilícito penal y disciplinario, extraen como consecuencia el que "debe existir,.... una independencia entre la jurisdicción administrativa disciplinaria y la jurisdicción penal ordinaria" (Bartolome BOCH Y SALOM, "La potestad correccional en la Adminis-

los casos): ello no significa que descarte por completo el concurso de normas y la relación de consunción: dependerá de la configuración de los tipos y de la calidad de los respectivos castigos señalados por la ley; hipótesis ésta del concurso de normas que merece especial consideración cuando sobre el delito se ha apreciado la concurrencia de la agravante 10, del art. 10. Si el delito es uno de los "de funcionarios", nos hallaremos normalmente ante un concurso de normas que se resuelve por consunción. Ante estas salidas, no creo que pueda negarse totalmente legitimación a la legislación disciplinaria cuando estima que la comisión de un delito doloso significa la lesión o puesta en peligro del bien jurídico "organización administrativa" (punto este que, en todo caso, habrá de demostrarse para admitir la concurrencia de la falta disciplinaria).

c) Siguiendo sobre la realidad normativa se pueden hallar más ejemplos que muestran como, sobre ella, el criterio de la diferencia cuantitativa de los ilícitos penal y disciplinario, esto es, mayor gravedad de los primeros respecto a los segundos partiendo de la identidad substancial de ambos, no puede sostenerse. En efecto, a tenor del artículo 88 d), segundo inciso, de la LFCAE se considera falta muy grave "la emisión de informes o adopción de acuerdos manifiestamente ilegales" (1.067). Si se pone en relación esta falta con el artículo 358 del C. p. se llega, respecto al punto que aquí interesa, a las siguientes conclusiones: 1a.- La conducta de emitir in-

... tración Local. Sanciones: estudio, en especial, de las multas municipales y gubernativas", Madrid, Publicaciones Abella, 1968, pg. 21), independencia negada cuando se trata de la falta en estudio.

(1.067) De igual contenido el art. 6,f) del Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración Civil del Estado.

formas manifiestamente ilegales, primera de las dos contenidas en la falta en estudio, es de menor gravedad que las contenidas en el art. 358 del C.p. circunscritas al dictado de resolución injusta o manifiestamente injusta respectivamente. 2a.- No puede mantenerse igual afirmación respecto a la conducta de adoptar acuerdos manifiestamente ilegales. Ello porque: a) las respectivas conductas de adoptar acuerdos y dictar resoluciones, han de estimarse iguales o, todo lo más, como abarcada la primera en la segunda, que contiene "acuerdos" y algunas otras actuaciones administrativas, lo que no obsta para que la argumentación siga siendo válida respecto de aquellos; b) no se puede descartar en la falta del art. 88,b), segundo inciso, de la LFCAE ninguna forma de culpabilidad tanto dolosa como culposa, quedando pues incluidos en ella tanto el actuar "a sabiendas" cuanto el hacerlo por "negligencia o ignorancia inexcusable"; c) ambos ilícitos se refieren, evidentemente, a "acuerdos" y "resoluciones" en "asunto administrativo"; d) el párrafo primero del art. 358 del C.p. se refiere a "resoluciones injustas", castigando, pues, el dictado a sabiendas tanto de estas como de las manifiestamente injustas; por su parte, el art. 88,d), segundo inciso de la LFCAE, sanciona la adopción de acuerdos "manifiestamente ilegales" quedando, pues, excluidos de su ámbito los acuerdos no manifiestamente ilegales, esto es, los simplemente ilegales; al margen del total contenido que tenga el término "injusta", lo que es evidente es que en todo caso, abarca lo "ilegal"; en suma: mientras que por el art. 358, párr. del C.p. se castigará al funcionario público que a sabiendas adopte acuerdo tanto ilegal como manifiestamente ilegal, por el art. 88,d), segundo inciso, de la LFCAE se sancionará solamente al funcionario público que a sabiendas adopte acuerdo manifiestamente ilegal; dicho de otro modo, partiendo de la total identidad substancial de uno y otro ilícito, sólo se puede afirmar una diferencia cuantitativa pero no en el sentido de reservarse el ilícito penal para las más graves conductas y el administrativo para

las de menor gravedad, sino al revés, lo que contradice a la doctrina dominante; e) la única posibilidad de mantener ésta, es sostener que mientras el art. 358 del C. p. se refiere a los más graves "acuerdos" el 88,d) segundo inciso de la LFCAE lo hace a los de menor gravedad; más, la articulación real de una tal opinión resulta tan difícil dado el gran número de variables que habría que introducir (mayor gravedad: ¿por lo sujetos activos? ¿por la materia? ¿por los destinatarios (calidad o número)? ¿por el momento? ¿por el lugar? ¿por todo ello? y, si esto último, ¿en qué orden? pues de éste puede depender la obtención de una u otra conclusión; por otra parte: ¿quién decide la mayor o menor gravedad? ¿el juez? ¿la Administración? ¿los sujetos afectados?; etc...), que muy probablemente habría de afirmarse su incompatibilidad con el principio de determinación en el tipo.

Por el contrario, la comprensión de la relación entre los referidos delito y falta disciplinaria, es perfectamente factible a través de la aplicación de la tesis que propongo. En efecto, el funcionario público que a sabiendas adopte un acuerdo manifiestamente ilegal, será objeto de la sanción prevista para la falta disciplinaria del art. 88,d), segundo inciso, de la LFCAE, cuando con su acción se haya limitado a atacar el bien jurídico "organización administrativa", en cambio, cuando trascendiendo de este verifique con esa misma acción un ataque al bien jurídico protegido por el delito de prevaricación del art. 358 del C.p., incurrirá en un concurso de las normas previstas en ambos artículos que, por la regla de consunción, se resolverá en última instancia con la aplicación de la pena prevista por dicho artículo 358 del C. p..

Una argumentación paralela a la anterior podría hacerse respecto al párrafo 2o. del art. 358 y la propia falta del art. 88,d), segundo inciso, de la LFCAE, lle-

gándose a la conclusión de inexistencia de diferencia cuantitativa alguna (ni en uno ni en otro sentido).

Por lo demás, en el cotejo de las faltas disciplinarias y los "delitos de funcionarios", pueden hallarse otros varios ejemplos.

9. Faltas disciplinarias de funcionarios y bien jurídico.

A) La configuración del ilícito disciplinario que a parece por lo hasta ahora dicho, tiene un elemento fundamental: la absoluta necesidad de referir estos ilícitos a un bien jurídico. Con ello no se prejuzga, como es obvio, que la relación con éste sea de lesión o de peligro y, dentro de éste, concreto o abstracto. Lo que se rechaza totalmente es la caracterización formal del ilícito disciplinario, como mero incumplimiento de un deber, habilitante para la determinación de su existencia y consiguiente imposición de una sanción sobre el solo dato de la infracción de la letra de la ley. Ni la precipitada opinión de muchos autores, ni el dejarse llevar los jueces por las palabras de sus precedentes jurisprudenciales, pueden nada frente a una práctica cotidiana y extraordinariamente abundante (especialmente, por lo que se refiere a las menos graves faltas disciplinarias): la no estimación por el superior de falta en el inferior, y consiguiente ausencia de imposición de sanción, precisamente por la inexistencia de ataque alguno al bien jurídico prevalentemente contemplado por dichas faltas: la organización administrativa. Resaltar la necesidad de vinculación con el bien jurídico, sin embargo, no solo cumple el fin de racionalizar un fenómeno muy extendido en la práctica, sino que también expresa un pensamiento eficaz para el logro de una más correcta consideración del contrario fenómeno (también real), esto es, para resaltar

la imposibilidad de entender existente una falta disciplinaria y, en consecuencia, la inviabilidad de la imposición de una sanción, cuando la acción realizada por el funcionario aunque ciertamente contravenga la letra de la ley, no ataque, en la forma exigida por esta, el bien jurídico para cuya protección el legislador creó el ilícito en cuestión.

B) Con ser imprescindible la referencia al bien jurídico, no es suficiente reclamarla sin más. Es también necesario demandar que tal referencia sea adecuada y, en este sentido, afirmar la posibilidad de construcción de faltas de lesión o de peligro (concreto o abstracto), pero negar dicha posibilidad respecto de faltas disciplinarias de peligro presunto, hacia las que, evidentemente, existe una fuerte tendencia en nuestras leyes y en la interpretación de éstas. Tales faltas, aún relacionadas con un bien jurídico, cuya puesta en peligro se presume, es como si carecieran de esa relación; porque, en definitiva, se configuran como formalísticos deberes: la mera infracción de la letra de la ley se presume que afecta al bien jurídico; afirmar esto y suprimir en la afirmación a partir de "se presume", es lo mismo.

10. Los ejemplos doctrinales de "delitos funcionarios" indiferenciables de las faltas disciplinarias.

No son meros incumplimientos de deberes, como tampoco lo son los "delitos de funcionarios". Por eso yerran, en mi opinión, los autores (RODRIGUEZ DEVESA y CASABO) que aun haciendo una llamada de atención hacia la auténtica configuración de delitos de los de funcionarios, esto es, reclamando la vinculación de algunos de ellos a un bien jurídico, no la extienden a todos, sino que se conforman con señalar que "parece lo correcto examinar cada

delito en particular pues en la mayor parte, junto a la infracción del deber de servicio, existirá la lesión o puesta en peligro de otro bien jurídico" (1.068). No en la mayor parte, sino en todos ellos. Por esto CASABO se equivoca doblemente cuando, para apoyar su tesis de la diferencia cuantitativa, señala que esos delitos de funcionarios que no son "la mayor parte", esto es, que se limitan a ser infracciones del deber de servicio, muestran, por ello mismo, su completa igualdad con las faltas disciplinarias. El error es doble pues ni tales delitos son ajenos a "otro" bien jurídico, ni tampoco lo son esas faltas, que no solo consisten en la infracción de un deber, sino que también están referidas a un bien jurídico.

Los ejemplos que propone "de delitos de funcionarios en que puede no causarse daño a la causa pública considerada en su faceta externa" (1.069), no son demostrativos de ello. Así, el art. 373 al hablar del que "entrare a desempeñar un empleo o cargo público", no puede, ni por el contenido del término "desempeñar" ni por la atención que hay que prestar al bien jurídico protegido por esta norma, referirse a un individuo que, sin haber cumplido alguna de las formalidades a que se refiere este artículo, penetra en, por ejemplo, un Ministerio y se sienta en la mesa de un determinado funcionario: solamente cuan

(1.068) CASABO, "Comentarios..." T. II cit., pg. 94; el subrayado es mío, se apoya en RODRIGUEZ DEVESA (ob. y pg. cit. n. 77) y parece entender ("otro") que el deber de servicio es un bien jurídico; no lo estima así RODRIGUEZ DEVESA, quien sustenta su postura en una crítica a JASO, para quien los delitos de funcionarios solo tienen en común tal deber, pero que explícitamente niega que pueda considerarse un bien jurídico (V. más atrás).

(1.069) "Comentarios..." cit., T. II, pg. 95, n. 82: arts. 373; 374; 375; 376, lo. último inciso; 390 397, final; 404.

do "desempeñe" un acto propio de dicho funcionario capaz de, por lo menos, ser idóneo para crear un peligro para el oportuno desenvolvimiento de la actividad administrativa (en el caso propuesto), estará realizando una acción susceptible de ser considerada delito, el delito del art. 373, párrafo 1o. del C.p.. Paralelamente respecto al párrafo 2o. de este artículo y al artículo 374. En cuanto a la agravante específica del art. 375, no altera la conclusión. En el art. 376, de también paralela configuración al 373, la referencia al "daño de la causa pública", no debe confundirse con el ataque al bien jurídico; el que el primer caso que el artículo ofrece sea un caso de delito de lesión, nada quiere decir respecto a la susceptibilidad del propio bien jurídico de ser pues to en peligro, que es lo que ocurre en el segundo caso (delito de peligro abstracto); cuando ni esto último ocurre, poco importará (a los efectos de este delito, otra cosa puede ser a los efectos de una falta disciplinaria respecto a su correspondiente bien jurídico) que el funcionario abandone su destino. Paralelamente para el art. 397, final. En cuanto a los arts. 390 y 404, ambos son buenos ejemplos de delitos de peligro abstracto respecto al bien jurídico "integridad en la gestión", lo que quiere decir, a diferencia de la conclusión a que conduce el pensamiento de la infracción del deber, que pueden existir casos en los que no surja esa posibilidad de puesta en peligro porque la acción del sujeto sea inidónea para hacerla surgir. (1.070).

11. Conclusiones generales del apartado VI.

Primera. La realidad positiva muestra que las rela-

(1.070) V. la configuración de delito de riesgo respecto del art. 198 que da RODRIGUEZ DEVESA, "Parte Especial" cit. pg. 702, en relación a la pg. 1.068.

ciones entre Derecho penal y Derecho disciplinario, ilícito penal e ilícito disciplinario, pena y sanción, no se desenvuelven en una "zona pacífica", sino que presentan agudos problemas frente a los que la doctrina ha reaccionado de distintas maneras.

Segunda. La misma realidad positiva, refuta la tesis según la cual mientras las formas dolosas de comisión de las conductas descritas en las normas que prevén los "delitos de funcionarios" son las que realmente constituyen tales delitos, las culposas constituyen ilícitos disciplinarios.

Tercera. La distinción "cualitativo-cuantitativa" entre "delitos de funcionarios" y faltas disciplinarias de funcionarios, puede resumirse del siguiente modo: Derecho penal "de funcionarios" y Derecho disciplinario de funcionarios tienen en común el hecho de que ambos protegen bienes jurídicos, pero se diferencian en los concretos bienes jurídicos que son objeto de los respectivos ilícitos de que se componen; sin embargo, los bienes jurídicos a que se refieren las faltas disciplinarias de funcionarios, se insentan, en una relación de medio a fin, en los que son objeto de referencia de los "correspondientes" delitos "de funcionarios" que, por tanto, suponen aquellos y algo más; ello no impide la existencia de ciertos "delitos de funcionarios" sin correlato disciplinario y a la inversa, supuestos que no plantean problema pues no hay relación, ni, en consecuencia, posible "bis in idem". En todo caso, lo único que impide la consideración como "Derecho penal" de las faltas disciplinarias, es la "naturaleza subsidiaria" de aquel.

Cuarta. La "confianza pública en la pureza del ejercicio de la función", no es objeto de protección de los "delitos de funcionarios", todo lo mas lo sería la "pureza" de tal ejercicio.

Quinta. Se rechaza de plano cualquier consideración del Derecho disciplinario de funcionarios como derecho "interno" de la Administración. Solo puede hablarse de "naturaleza interna" del Derecho disciplinario de funcionarios, en el sentido de resaltar que los ilícitos que lo componen no han sido acogidos por el Derecho penal, en función de la "naturaleza subsidiaria" de este. La consideración de una esfera "interna" donde se desenvuelve el Derecho disciplinario con total independencia del penal, esto es, la consideración de aquel como una "potestad doméstica" de la Administración que, en este terreno, está dotada de unas "facultades dispositivas" de las que no puede prescindir, denota un sólido conservadurismo, patrocina elementos propios del absolutismo, de relaciones de dominación, desemboca en un derecho de autor y, como consecuencia de todo ello, no merece, siquiera, la consideración de derecho penal primitivo.

Sexta. Es preciso reclamar una consideración jurídica de las faltas disciplinarias de funcionarios paralela, y cada vez más próxima, a la teoría jurídica del delito; la "internidad" del Derecho disciplinario (en el único sentido aceptado) solamente justifica la "suavización", en beneficio de la practicidad, inmediación y celeridad de la actuación disciplinaria de la Administración, de ciertas garantías propias del proceso penal, entre las que no se cuenta la necesidad de que, en última instancia, la revisión de la estimación o desestimación de esas faltas corresponda a un órgano jurisdiccional (preferiblemente penal).

Séptima. En función de la señalada relación de progresión de los desvalores implicados, respectivamente, por los ilícitos disciplinarios y penales, la concurrencia de ambas calificaciones sobre una misma conducta, deberá resolverse normalmente según el principio de consunción. Cuando lo que concurran sean un delito y una fal-

ta disciplinaria que no presentan tal relación (p. ej., asesinato y falta de cometer un delito doloso), deberán aplicarse las restantes reglas del concurso, según la que corresponda.

Octava. La viabilidad de la primera de las anteriores afirmaciones, dependerá de la exteriorización de esos desvalores verificada por las respectivas pena y sanción. En general, estas no ofrecen inconveniente, pero existe la excepción de la sanción de separación del servicio cuando la pena sea inhabilitación especial para cargo público o suspensión de este. Independientemente de que resulta propugnable la eliminación de tal sanción (en su versión actual) del catálogo legal de las mismas, cabe afirmar que el acto que la impusiera en base a la realización de una conducta cuya estimación penal significara la imposición de una pena de menor gravedad que la separación, sería un acto inválido por desviación de poder; ello al margen de la posibilidad de estimarlo, incluso (caso de darse los restantes elementos típicos), como prevaricación del art. 358 C.p.

Novena. Rechazada, en función de lo señalado en la conclusión Quinta, la tradicional "diferencia cualitativa" entre ilícito penal "de funcionarios" e ilícito disciplinario de los mismos, tampoco resulta acogible la moderna doctrina dominante en España, de la "diferencia cuantitativa", y ello por dos razones:

A) Porque se realiza (por encima de cualquier nominalismo) resaltando la "naturaleza disciplinaria" de los "delitos de funcionarios", al considerar a estos como las más graves infracciones de los formalísticos deberes nacidos de la relación que une al funcionario con la Administración; quebrantamiento de deberes que, en sus versiones menos graves, constituyen, según esta doctrina, las faltas disciplinarias de funcionarios. En lugar de ello, se debe resaltar la "naturaleza penal" de unos y

otras, a través de la afirmación de que ambos se preven como protección de respectivos bienes jurídicos.

B) Porque la legislación positiva muestra que no puede establecerse, en diversos casos (entre otros, respecto a la prevaricación del art. 358 C.p.), tal diferencia cuantitativa entre el "delito de funcionario" y la falta disciplinaria de funcionario.

Décima. Sujeto pasivo en las faltas disciplinarias de funcionarios es la Administración; en los "delitos de funcionarios", la sociedad.

Décima primera. Los ilícitos disciplinarios de funcionarios se construyen, como queda dicho, en función de la protección de un bien jurídico, lo que significa que la ausencia del ataque al mismo previsto en el correspondiente tipo de falta disciplinaria, determinará la inexistencia de esta. Debe rechazarse la construcción de faltas disciplinarias de peligro presunto.

VII. EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN EL ART. 358 C.P.1. Rechazo del "deber del cargo como objeto de protección".

Con todo lo que llevo dicho hay ya un cúmulo de argumentos en contra de la teoría dominante que ve en los delitos del Título VII del C.p. (y, generalizando para otras legislaciones, en los llamados "delitos de funcionarios") meras infracciones del deber (o deberes) del cargo, deber que a veces se sitúa incluso como bien jurídico protegido con las normas que recogen tales delitos. En efecto, al argumento más general de la absoluta precisión de referir los "delitos de funcionarios" a un bien jurídico que no sea el deber del cargo, se añaden un conjunto de otros argumentos.

Así, de OPPENHEIM, se puede recoger la idea de que algunos "delitos de funcionarios" admiten sujetos activos que no reúnen las características jurídico-administrativas suficientes como para que ésta parte del ordenamiento permita aplicarles el derecho disciplinario, en función del incumplimiento de los deberes nacidos de su relación con la Administración. En consecuencia, difícilmente podrán aplicárseles preceptos (los penales correspondientes a los "delitos de funcionarios") caracterizados precisamente por ser los más graves incumplimientos de esos deberes. Problema que surge no porque el concepto penal de funcionario público sea más amplio que el administrativo y, consiguientemente, admita más sujetos en su ámbito que este último, pues podría arguirse que es la norma penal, en todo caso, la que haría surgir tales deberes, sino porque determinados delitos admiten (o, incluso, exigen) sujetos activos que ni siquiera pueden comprenderse en el ámbito del concepto penal de funcionario público (ejemplo más obvio: el cohecho activo). Contra

ello podría nuevamente argumentarse que en ésto reside justamente uno de los defectos detectados por gran parte de la doctrina que se ha ocupado de estos temas, doctrina que, precisamente, reclama la erradicación de estos tipos de entre los de los "delitos de funcionarios"; lo que podría admitirse siempre y cuando no se encuentren razones que no sólo expliquen la inclusión en tal lugar de esos tipos, sino, incluso, que la exijan. Razones que creo haber aportado. (1.071).

De otra parte, como BINDING ha señalado, y queda dicho, los "delitos de funcionarios" son más antiguos que toda la teoría de la relación de servicio, relación de la que, se dice, surgen los deberes cuyo incumplimiento castigan las normas que contienen tales delitos; para que la teoría del deber pudiera, pues, ser admitida habría de basarse en una fractura entre los antiguos y los nuevos delitos de funcionarios. Idea que creo haber demostrado no es correcta, sino que, contrariamente, el hilo del desenvolvimiento histórico de tales delitos puede seguirse sin más alteración que la referencia más o menos inmediata al Estado como objeto de protección y, posteriormente y en perspectiva correctiva, sentado ya el inmediato objeto jurídico no en el Estado directamente sino en sus actividades, orientar estas no como servicios a aquel sino a los ciudadanos.

A lo anterior deben añadirse los argumentos deriva-

(1.071) Merecería la pena también detenerse a reflexionar sobre la fuerza de algún otro argumento de OPPENHEIM, como el de la imposibilidad de existencia de distinciones conceptuales entre los "delitos de funcionarios" partiendo de la base del deber que solo admite distinciones cuantitativas. Pero no creo, en función de la discutibilidad de tal argumento, que merezca la pena hacerlo, habida cuenta de que con lo que resal-

dos del estudio de la relación del Derecho penal (y, más concretamente, de los delitos de funcionarios) y el Derecho disciplinario. Si ni siquiera para los ilícitos de este último, creo viable patrocinar la idea de su configuración en torno a rígidos deberes, derivados de la relación de sujeción especial de los funcionarios con la Administración, mucho menos plausible me parece predicar tal caracterización de los "delitos de funcionarios".

Sobre estos, u otros argumentos que podrían traerse de lo que llevo expuesto, queda la absoluta precisión de referir los "delitos de funcionarios" a un bien jurídico, categoría ésta que nunca puede tener el deber del cargo (1.072).

Admitir la hipótesis contraria, conduce a resultados absurdos. Así concretando para la prevaricación de funcionarios del art. 358 del C.p., si el deber del cargo fuera el bien jurídico protegido, la acción del funcionario que resuelve objetivamente de una forma justa pero subjetivamente quiere y cree haber resuelto injustamente, sería antijurídica (con la misma antijuridicidad que si hubiera dictado una resolución objetivamente injusta), puesto que en dicha acción hay, evidentemente, una "lesión del deber del cargo" (1.073), siendo así que nos en

... to en el texto hay, a mi juicio, razones suficientes como para decantarse en contra de la tesis del deber.

(1.072) Cfr. OPPENHEIM, "Die Rechtsbeugungsverbrechen..." cit., pg. 17, por lo que se refiere a la imposibilidad de que el deber sea considerado un bien jurídico.

(1.073) "¡Desde luego que en la lesión putativa del Derecho hay una lesión del deber del cargo!", exclama BINDING, cuando señala que "no es sino una emanación de la confusión entre lesión del -

contramos ante un delito putativo impune, demostrativo de que la norma del art. 358 del C.p. no ha querido recoger una antijuridicidad típica concebida como lesión del deber del cargo, como infidelidad (1.074)

También en referencia a conductas en principio típicas se puede comprobar que el delito de prevaricación ni tiene por objeto jurídico el deber del cargo, ni se construye exclusivamente en torno al mismo. Así, incumple el deber del cargo el funcionario público que faltando a la obligación de resolver expresamente (art. 94,3 LPA), a sabiendas o por negligencia inexcusable, resuelve por silencio administrativo, siendo la resolución presunta emanada de este justa en cuanto al fondo (estimativa o denegatoria de la pretensión, según los casos). Se dan aquí todos los elementos del tipo que consideramos: que sea por funcionario público, a sabiendas o por negligencia o ignorancia inexcusables, en asunto administrativo, tratándose de una resolución (como espero haber demostrado para el silencio negativo y se acepta indiscutidamente para el positivo), y estando afectada ésta de la injusticia (manifiesta) que supone el retraso sobre el momento en que debía ser dictada y el no ser expresa sino solo deducible de lo señalado por la ley (contraviniéndose

... deber del cargo y delito de cargo de prevaricación, el sostener que hay prevaricación en la decisión objetivamente correcta" (Karl BINDING, "Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts", Besonderer Teil, Zweiter Band, Zweite Abteilung Leipzig, Verlag von Wilhelm Engelmann, 1905, pg. 559, n. 2).

(1.074) Aquí también, como en el C.p. alemán, "el texto legal no permite considerar como único bien jurídico protegido por el § 336 StGB, la pureza de la práctica del cargo; ya que entonces la lesión del deber del cargo debería como tal, ser punible. Si el juez ha llegado a un resultado

por ambos motivos lo que legalmente -LPA- se preceptúa) (1.075). Sólo la referencia al bien jurídico, la comprobación de la existencia del ataque al mismo, exigido

... justo, con ello se logra el fin perseguido por el § 336 y al Estado no le importa el sentimiento que ha guiado dicho resultado" (Manfred SEEBODE, "Das Verbrechen der Rechtsbeugung", Neuwied und Berlin, Hermann Luchterhand Verlag, 1969, pg. 19.

(1.075) El C.p. alemán, § 336, señala la posibilidad de cometer prevaricación tanto en la decisión cuanto en la "conducción" del asunto de que se trate. De ahí que la doctrina acepte el "torcimiento del derecho" también en el camino que conduce a la decisión, aunque finalmente esta sea correcta. Así, p. ej., se dice que hay también prevaricación "cuando por un camino antijurídico se llega a una decisión objetivamente correcta" (KOHLRAUSCH -LANGE, "Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen", 42. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1959, pg. 682) o que "un aceleramiento o un retraso inadecuado puede ser prevaricación" (Emil NIETHEAMMER, "Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrechts", Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1950, pg. 409). Lo que no implica aceptar la tesis subjetiva que ve "Rechtsbeugung" en la correcta decisión del funcionario adoptada contra su convencimiento (Cfr. p. ej., SCHÜTZE, "Lehrbuch..." cit., pg. 530; MEVES, "Dis Amtsverbrechen" cit., pg. 989; OPPENHEIM, "Die Rechtsbeugungsverbrechen..." cit., pgs. 46, 87 y sgs. y 226; Hans -Joachim MUSIELAK, "Die Rechtsbeugung..." cit., pgs. 23 y sgs.; SARSTEDT, "Fragen zur Rechtsbeugung" en "Festschrift für Ernst Heinitz", Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1972, pgs. 429-430), sino, muy al contrario, señalar que la resolución en cuestión supone un "torcimiento" del derecho, es "injusta", cuando ha sido determinada u obtenida de un modo o por un procedimiento objetivamente injusto (en este caso, en contra de las normas del derecho positivo). El "convencimiento" solo interesa a efectos de poder determinar el conocimiento y, a su través, la concurrencia o no del elemento subjetivo: "a sabiendas" o, en su defecto, "por negligencia o ignorancia inexcusable" (Cfr., p. ej., Günter SPENDEL, "Zur Problematik der Rechtsbeugung", en "Gedachtnisschrift

por la norma, puede evitar el que se llegue a la conclusión de que en todos aquellos supuestos de silencio administrativo en que se pudiera demostrar el elemento subjetivo (1.076), existe delito de prevaricación.

... für Gustav Radbruch", Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1968, pgs. 315-316; SEEBODE, "Das Verbrechen der Rechtsbeugung" cit., pg. 14; Hans-Joachim RUDOLPHI, "Zum Wesen der Rechtsbeugung", en ZStW, 1970, pg. 613). Vale en este terreno la afirmación de STORTONI, respecto al abuso de poder, de que una interpretación contraria a la que aquí se mantiene incurre en la "psicologización de los delitos de abuso de poder"; prescindir de los requisitos de la objetividad "hace al tipo penal fácilmente orientable a tutelar... la fidelidad del funcionario a las pautas marcadas por las jerarquías burocráticas", en lugar de hacia la protección del bien jurídico (V., STORTONI, "L' abuso..." cit., pg. 157). Y si una cosa se ha pretendido en toda la exposición precedente es apartar los "delitos de funcionarios" de la referencia al real significado del deber de fidelidad. Deber que, en palabras de TAGLIARINI, es "de pura derivación medieval y absolutista". "En efecto, el deber de fidelidad -sigue diciendo- en los regímenes monárquicos ligaba al funcionario más a la persona del soberano que al Estado, siendo el funcionario no el depositario, con las formas y límites constitucionales, de la soberanía estatal, sino un simple ejecutor de la voluntad regia" ("Il concetto..." cit., pg. 140 y n. 7 de la misma pg.).

(1.076) Elemento que concurre frecuentemente: recuérdese la opinión de T.- R. FERNANDEZ a este particular.

2. Conclusiones generales de los apartados anteriores, aplicables para la determinación del bien jurídico en el art. 358 C.p.

Resulta, pues, necesario determinar tal bien jurídico. A este efecto, es menester proyectar sobre el delito de prevaricación previsto y penado por el art. 358 del C.p., las que pueden estimarse conclusiones más generales de cuanto hasta aquí llevo dicho sobre el bien jurídico. A saber:

1a.- El análisis de la rúbrica del Título VII del C. p., permite sustentar la idea de que en tal título se pretenden recoger las acciones de los funcionarios públicos (funcionarios públicos en sentido penal), realizadas precisamente en el desempeño de la actividad funcional, que atacan, por lo menos prevalentemente, la "función pública".

2a.- Entendida esta en cuanto actividades que desarrolla el Estado para el cumplimiento de sus fines, tiene una especificidad propia que la hace digna de ser estimada como objeto de protección autónoma, sin necesidad de establecer como inmediato objeto jurídico de los "delitos de funcionarios" al Estado: a partir de la Codificación (e incluso, de alguna manera, antes, pero sobre todo a partir de ella), no se ve en las acciones que describen las normas que regulan los "delitos de funcionarios", tanto un inmediato ataque al Estado cuanto a las actividades que este desarrolla a través de sus funcionarios, realizado por estos mismos.

3a.- La contemplación de estas actividades (que en la clasificación más elemental son las que se corresponden con los poderes legislativo, ejecutivo y judicial) como realizadas por y para el Estado, que se identifica

con una unidad superior (a los tres poderes de los que emanan tales actividades) omnicomprendiva (porque convergen en él perdiendo su propia entidad), conlleva las siguientes consecuencias:

a) La reproducción del sistema propio del antiguo régimen (que se creía haber superado), con la sustitución del antiguo centro subjetivo de convergencia, el monarca, por esa nueva realidad superior, el Estado. Planteamiento que alcanzará su más alta cota cuando el Estado, sin perder su condición transpersonalista, en cuanto situado por encima de los avatares que puedan sufrir las personas, sin embargo adquiere para el tráfico jurídico carácter de persona y, como tal, desarrolla sus propias actividades y tiene sus propios servidores para desarrollarlas.

b) El entendimiento de tales actividades no como emanación de tres centros diferentes de poder que se equilibran y son interdependientes, sino como emanación de esa entidad superior única, el Estado, y, por tanto, como actividad única, la función pública, mecánicamente articulada para su desarrollo a través de tres coordinadas funciones (los que pudo pensarse que eran poderes).

c) La estimación de los funcionarios públicos como servicores estatales que, al no desarrollar correctamente la función que éste les encomienda, fundamentalmente están alterando esa relación de servicio, incumpliendo con ello los deberes nacidos de la misma. El poco preciso objeto de protección así determinado (la función pública) se concretaba, pues, a través de una instancia exclusivamente subjetiva.

4a.- Frente a ello se puede mantener que la estructura estatal se articula constitucionalmente a través de tres individualizados poderes, que desarrollan activi

dades en beneficio de los ciudadanos (de quienes reciben legitimación para existir), lo que produce las siguientes consecuencias:

a) La determinación constitucional de las cualidades que deben acompañar a esas actividades y el modo de relacionarse.

b) La posibilidad de distinguir entre ellas a efectos de concretar cuál es la que resulta afectada y en qué cualidad, por determinada conducta de los sujetos (funcionarios) encargados de llevarlas a cabo.

c) La necesidad de referir tales cualidades a los ciudadanos, esto es, de que consistan precisamente en aquellos valores que mejor se adecúen a la prestación del servicio a éstos.

d) La estimación del funcionario público no como servidor estatal sino como servidor social, cuyas acciones en la prestación de dicho servicio al desempeñar alguna de las anteriores actividades, para que puedan estimarse delitos han de afectar a alguna de las cualidades antes referidas, porque, en definitiva, esta otra relación de servicio se articula a través de tales cualidades.

5a.- Tanto exigencias de orden dogmático en punto a la necesidad de un bien jurídico concreto y perfilado, cuanto las exigencias derivadas de la anterior conclusión, obligan a proceder en la determinación del objeto de protección de los "delitos de funcionarios", no de un modo sintético, generalizador, que produce un resultado vago y viciado de los defectos señalados en la conclusión 3a. sino de un modo analítico a través del cual se pueda verificar cual es no sólo la concreta actividad pública afectada, sino en qué aspecto (cualidad) resulta alterada por la conducta realizada por el funcionario público o

sujeto activo determinado por el tipo.

3. Exposición y crítica de la doctrina sobre el bien jurídico en el art. 358 C.p.

Ahora bien, los planteamientos dominantes en la doctrina respecto al estudio del bien jurídico en el Título VII ó, más generalmente, en las agrupaciones de los "delitos de funcionarios" que existen en los respectivos códigos penales, se reflejan en la determinación del bien jurídico contemplado por los singulares delitos, de entre estos, la prevaricación. Conviene entonces ver cómo se pronuncia la doctrina a este respecto:

Ante todo debe advertirse que los autores, casi de modo unánime, rehuyen determinar frontalmente el bien jurídico protegido por este delito, haciendo vagas alusiones (1.077) (cuando no omitiendo toda referencia). Lo que no sólo muestra la falta de reflexión sobre la materia, sino esa dificultad, a la que ya he hecho mención,

(1.077) Para FERRER, "quienes defienden la prevaricación como el incumplimiento de sus deberes por parte del juez", incurrir en "en el error de formular un concepto tan vago e impreciso que bien poco expresa en cuanto a los caracteres de esas infracciones" ("Comentarios..." T. IV cit., pg.62). Ciertamente tiene razón este autor, pero no completamente; porque una definición como la que alude, si expresa algo, y fundamental: la actitud para examinar éstos delitos en referencia exclusiva a un elemento subjetivo, así como la orientación estatista de dicho examen.

Según CUELLO CALON, "los comentaristas no han fijado el concepto jurídico de la prevaricación, tan solo reproducen su noción vulgar tomándola del Diccionario de la lengua castellana" ("El nuevo Código penal español..." cit., pg. 295); pero tampoco él colma la laguna.

en la aprehensión de los conceptos, singularmente los concernientes al bien jurídico, que hay que manejar respecto a ella. Resulta especialmente significativo porque, en cambio, hay una clara coincidencia en punto a la repulsa que a casi todos los autores (de un modo expreso) producen las conductas descritas en el tipo de prevaricación (1.078). Manifiestan también lo vidrioso del asunto, en el que nadie parece querer entrar llanamente. Por último, no cabe duda de que se puede hablar de una evidente tendencia al autoritarismo: de un lado, como respuesta a aquel del que pueden hacer uso los funcionarios, de otro lado, a causa de una visión más o menos "totalitaria" (y por tanto defensista) del Estado.

DE VIZMANOS Y ALVAREZ, comentando el entonces artículo 263 (prevaricación de funcionarios) señalan que "presidió, pues, la redacción del art. 263 el mismo espíritu, el mismo pensamiento en el fondo que a la redacción del art. 262 (prevaricación de jueces), y las explicaciones dadas en el comentario de éste son igualmente aplicables al que ahora es objeto de nuestro estudio y análisis" (1.079). Sobre esta base, se puede fácilmente trasponer

(1.078) Condena tanto más radical cuanto más antigua son las opiniones, demostrando la mayor desconfianza del liberalismo decimonónico respecto a la actuación de los órganos estatales y la distinta concepción sobre la actitud y actividades del Estado (del "laissez faire" al "Estado interventor" y al "Estado empresario").

(1.079) "Comentarios al Código penal", cit. T. II, pg. 239. Esta actitud de reenviar a la prevaricación de jueces es bastante común entre los autores, mostrando la indiferenciación en el tratamiento de las actividades judicial y administrativa; jueces y funcionarios se unifican en cuanto representantes "del poder" realizadores de "la" función pública.

los términos correspondientes respecto a su afirmación en el comentario al artículo 262 de que "la magistratura es una especie de sacerdocio; y si se quiere conservar el prestigio de los tribunales, si se desea fortalecer en los pueblos esa fé, esa confianza ciega y supersticio sa que tanto importa para que la justicia corresponda a los altos fines de su institución, es menester que la ley sea inexorable en el castigo de sus profanaciones. Así es como únicamente se fortifican las creencias en los es píritus vulgares y se obtiene de las conciencias eleva- das el culto respetuoso de la filosofía y de la razón" (1.080). Difícilmente podría resumirse en menos líneas tan alta expresión de la concepción "mayestática" de los "delitos de funcionarios" y, en concreto, de las prevarica ciones de jueces y funcionarios; la actitud sacral que la empapa es casi faraónica.

Contrasta fuertemente con ella la mucho más racional opinión de PACHECO: "La prevaricación -dice- en todos sus géneros posibles es un delito tan perjudicial como repugn tante, en el que no puede menos de ocuparse con suma a- tención la ley penal de todo pueblo civilizado. Por lo mismo que ella da el poder a los funcionarios públicos, es indispensable que nos garantice contra el abuso que pueden cometer en sus funciones" (1.081).

(1.080) Ob. cit., pgs. 238-239; los subrayados son míos.

(1.081) "Código penal concordado y comentado" cit., T.IV. pg. 394. Por estas mismas fechas, Eustaquio LA- SO, "Elementos del Derecho Penal de España. Form mados con arreglo al programa del tercer año de jurisprudencia", Madrid, 1849, pg. 151, dice: "Nuestro Código no define la prevaricación; se contenta con imponer penas a los que abusando de las funciones que la ley les confía, faltan a sus deberes más o menos gravamente". La confi- guración "disciplinaria" que denota no necesita resaltarse.

Para GOMEZ DE LA SERNA, "la prevaricación es un delito gravísimo ya por la inmoralidad que supone en el agente, ya por el mal considerable que acarrea a la sociedad. Es también de los más peligrosos, porque contra el salteador de caminos se concibe defensa; pero ésta no es fácil contra el juez, que armado del poder de las leyes y encargado de la distribución de la justicia, abusa de su augusto ministerio ejecutando actos de iniquidad. Más no solo los jueces, sino también otros funcionarios que a sabiendas y maliciosamente quebrantan los deberes de su oficio, cometen este feo delito". (1.082).

Esta visión de la prevaricación que auna a las dos diferentes perspectivas (deberes del oficio y acción contra la sociedad) con que se puede examinar el delito con una más general óptica de defensa social, se decanta en GROIZARD solamente de un lado de esas perspectivas; para este autor "la naturaleza de sus especies (de las especies del delito de prevaricación) se determina por la existencia de un abuso de confianza que crece y se aumenta tanto por la calidad de la persona que lo realiza como por los efectos del acto consumado. Entre el Estado y los funcionarios públicos hay una relación de derechos análoga, aunque mucho más calificada y trascendente, a la que existe entre el mandante y el mandatario. El juez que prevarica, la autoridad administrativa que en tal falta incurre, quebrantan el mandato aceptado, abusan de sus atribuciones, hacen traición al depósito de autoridad, de confianza y de fé que los poderes públicos les ha confiado" (1.083). No cabe duda

(1.082) "Elementos de Derecho Civil y Penal de España" T.III, cit., pg. 283.

(1.083) "El Código Penal de 1870 y comentado" cit., T. IV., pag. 101. VIADA, no alude el tema del objeto de protección de la norma en estudio. Sin em

que aquí también, como en el planteamiento general de los "delitos de funcionarios", la opinión de este autor influirá extraordinariamente en la posterior doctrina. En el pensamiento de GROIZARD están las bases de la que se puede considerar postura mayoritaria; en él, existen la orientación estatalista, la configuración del delito como "traición" al Estado, la infidelidad, el quebrantamiento de los deberes.

Según GARCIA GOYENA y AGUIRRE, "por prevariación se entiende el delito de los empleados públicos y especialmente de los jueces, abogados y procuradores que faltan a las obligaciones de su oficio, quebrantando maliciosamente la palabra, fé, religión o juramento" (1.084).

... bargo, su pensamiento en torno a la prevaricación quizás pueda deducirse de su opinión respecto a la de jueces, en el caso de sentencia injusta contra el reo que no ha llegado a ejecutarse (entonces art. 362); el autor, tras señalar varias causas por las que no se ha dado la ejecución, añade: "En tales casos, sólo se habrá realizado el mal "moral" del delito, ya que no se ha causado perjuicio real y efectivo al reo. Por eso se mitiga aquí algún tanto la pena de la prevaricación" ("Código Penal reformado de 1870....." T. IV., cit., pg. 534). En que consiste este mal "moral" que el mero dictado de una sentencia injusta conlleva, no queda claro. Parece, no obstante, que el autor está pensando en una alteración del servicio que el juez debe prestar a la sociedad, porque cuando comenta el entonces art. 364 (sentencia injusta a favor del reo) dice: "El Juez que..... dicte sentencia injusta "a favor" del reo es ciertamente menos criminal que el que la dicta "en contra" del mismo, ya que no puede equipararse el daño que en el primer caso se irroga a la sociedad al que se causa en el segundo al individuo, a quien una sentencia injusta puede conducir hasta el patíbulo. Las penas, pues, de este artículo deberían ser bastante menores que las señaladas en los tres que le precenden ..." (ob. cit., pg. 537).

(1.084) "Febrero o librería de Juecas, Abogados y Escribanos" cit., T. V., pgs. 263-264.

De manera sucinta BERNALDO DE QUIROS da la siguiente definición de prevaricación: "Género de delito propio de los funcionarios públicos que comprenden, en general, las desviaciones o inversiones de los deberes profesionales" (1.085).

JARAMILLO, entiende que "prevaricar vale tanto como faltar al deber por persona investida de autoridad, quebrantando la fé, la obligación del cargo, el juramento o la promesa de fidelidad" y se desfoga así respecto a este delito: "Cuando por intereses bastardos, por holganza o ineptitud inexcusable, o por egoísmo personal se indignifica el cargo que debiera dejarse para otro más digno y enterado, se camina a la desconsideración y al odio social, se acarrean perjuicios privados de monta....." (1.086).

Los comentarios son, sin embargo, pálido en cualidad y extensión comparados con los de TEJERA; este autor, partidario acérrimo del castigo por peligrosidad del su-

(1.085) Voz "Prevaricación", en "Enciclopedia Jurídica Española", T. 25, Barcelona, Francisco Seix-editor, s. f., pg. 646.

(1.086) "Novísimo Código Penal....." cit. T. II., pg. 120. MARTINEZ-ALCUBILLA, entiende que "el delito de referencia consiste esencialmente en faltar..... a las obligaciones de un cargo o profesión" ("Código Penal de 8 de Septiembre de 1928, ajustado a las rectificaciones publicadas por R. O. 30 de Octubre y R. D. - Ley 10 de Diciembre de 1928, con notas y concordancias", Madrid, Boletín Jurídico-Administrativo, Apéndice al Diccionario de la Administración Española, 1928, pg. 81).

jeto en una labor de profilaxis social (1.087), en un borbotón de palabras (cuya reproducción haría todavía más pesada esta exposición) señala que la prevaricación impide "la seguridad personal", supone "la violación de la ley", implica un "quebrantamiento del deber", altera la "confianza en la Administración Pública", destruye el "bienestar social", ataca "la libertad" (1.088)

ANTON, cree que la prevaricación debiera introducirse en el título de los delitos contra la Administración de Justicia; puede que esté pensando en la prevaricación judicial, pero no matiza (1.089).

CUELLO CALON, no afronta el tema del bien jurídico en la prevaricación de funcionarios públicos, pero respecto a la de jueces expresa el pensamiento poco claro de que "la responsabilidad penal y civil de los jueces por la infracción de los deberes que su cargo les impone, se ha exigido desde muy antiguo.....pero la idea de esta responsabilidad aparece mucho más arraigada en las sociedades modernas por el hecho de que sus códigos fundamentales contienen como uno de sus dogmas fundamentales la separación entre los poderes ejecutivo y judicial", y a continuación, sobre términos de Binding, plantea la prevaricación judicial como una traición del juez a la ley, una traición del juez a su propia condición y función de recto aplicador de la ley a los casos particulares (1.090).

(1.087) "La Prevaricación", cit., pg. 228.

(1.088) Ob. cit., pgs. 39-43, 80-81 y 228

(1.089) "Derecho Penal (ob. ajustada,..... abogados del Estado)", cit., pg. 141.

(1.090) "El nuevo Código Penal Español...." cit., T.II., pgs. 296-7, n. 3.

SANCHEZ-TEJERINA, concibe así la prevaricación de funcionarios públicos: "He aquí el gran pecado de los tiempos modernos. La mayoría de los funcionarios de todo orden, unos por consciente inmoralidad, otros por temor a perder el puesto, la mayoría por el afán de ascender rápidamente en su carrera u obtener lucro ilícito, han ido haciendo de la Administración Pública algo desmoralizador y desalentador para los ciudadanos honrados. La casi seguridad de la eficacia de una buena recomendación o de un espléndido regalo o de una promesa de ascenso han contribuido a que se pierda confianza en la justicia. Es lo peor que puede ocurrir a un pueblo y por esta razón el delito de prevaricación es uno de los más graves por las consecuencias desastrosas en el orden y en la moral social" (1.091).

Según CASTEJON, la prevaricación es un "delito cometido por el funcionario contra la justicia que debe presidir sus actos" (1.092).

Planteándose el tema, cree FERRER que "aunque la rúbrica legal nada indique sobre el bien jurídico lesionado por este delito, y pese a que las modalidades típicas queden situadas al margen el título IV, es indudable que tal bien jurídico no es otro sino la Administración de Justicia, si bien junto a tal lesión se apreciará en la mayoría de los casos un perjuicio para intereses particulares lo cual acontece también en la mayoría de los delitos sancionados por el Título IV" (1.093); habida

(1.091) "Derecho Penal Español", T. II. cit., pg. 180.

(1.092) "Derecho Penal", T. I, cit., pg. 324.

(1.093) "Comentarios....." T. IV. cit., pg. 61.

cuenta de esta opinión y de la expresada poco antes, a la que ya se ha hecho referencia, de la que se desprende que su criterio es seguir el modelo del C.p. italiano, esto es, la creación de un título de delitos contra la "Administración pública en general", en el que incluiría todos los del actual Título VII más los del Título IV ("contra la Administración de Justicia"), cabe preguntarse: ¿identifica Administración Pública con Administración de Justicia? ¿considera ésta última como parte de la primera?; sí, como parece más probable, hay que responder afirmativamente a esto último, siguen las preguntas: ¿construiría un título de "Delitos contra la Administración Pública" dentro del cual situaría un capítulo de "Delitos contra la Administración de Justicia" integrado, a su vez, por los del Título IV del C.p. más la prevaricación?, pero, ¿la prevaricación de funcionarios públicos es delito contra la Administración de Justicia o es delito (paradójicamente, al tiempo de un modo más general y de un modo más específico) contra la Administración Pública? en este último caso, ¿sacaría, consecuentemente, la prevaricación de funcionarios de aquel hipotético capítulo "Delitos contra la Administración de Justicia" y lo introduciría en otro? ¿en cual? ¿bajo que rúbrica? Las respuestas a estos interrogantes no parecen que sean muy satisfactorias: se puede optar, como lo hace el C.p. alemán, por introducir tanto la prevaricación judicial como la de "funcionarios públicos" en un mismo saco y bajo la rúbrica de "delitos de cargo"; puede no parecer correcto, por el uniformismo estatalista que en ellos se ve, pero sí, en cambio, es coherente consigo mismo; por el contrario, manteniendo separadas una y otra forma de prevaricación, creo que son bastante dudosas las vías que se apuntan con lo sugerido por FERRER.

Tiene interés la opinión de JASO pese a que, como

queda dicho, piensa que lo fundamental en los delitos del Título VII es la infracción del deber y el C.p. "sólo en segundo término, bien para establecer formas agravadas, por ejemplo, la prevaricación contra el reo en causa criminal, seguida de la ejecución de la sentencia, o bien para configurar ciertas especies delictivas, por ejemplo, abusos deshonestos, ha tomado en cuenta las especiales lesiones de los bienes jurídicos que aquellas conductas contrarias al deber llevan consigo" (1.094). Respecto a la prevaricación piensa que "el hecho de que la ley penal únicamente se valga de esta expresión ("prevaricación") en el epígrafe del capítulo, sin que a lo largo del articulado del mismo se vuelva a servir de ella, lleva lógicamente a inducir su concepto de las notas sustanciales comunes a todos los delitos que en el mismo se describen. Estas notas comunes surgen de la consideración de que el Derecho está para ser realizado (Ihering) y de que es misión del Estado, no sólo la creación del orden jurídico positivo, sino la de configurar jurídicamente la vida social. A esta misión han de contribuir todos los que conviven en la comunidad política, pero especialmente los juristas (empleando el término en un sentido amplio y no reduciéndolo a la mera posesión de un determinado título profesional). A ello corresponde, además de las tareas de elaboración científica y de consejo de los organismos legisladores, la defensa de la organización jurídica, como funcionarios y jueces, y la colaboración a la actividad jurídica de los particulares (Federico de Castro). Esta especial relevancia de su misión en orden a la aplicación del Derecho impone como correlativa la especial relevancia de su deber de cooperación y, lógicamente, la gravedad de las infracciones cometidas contra este deber. Es

(1.094) "Parte Especial" cit., pg. 192.

to es lo que el código entiende por prevaricación y que nosotros resumiremos como "la infracción del deber de cooperación a la aplicación del Derecho impuesto a las personas especialmente obligadas" (1.095); más en concreto, respecto a la "prevaricación extrajudicial" entiende que, en relación a la judicial, hay que advertir "la menor gravedad de estas conductas (las correspondientes a la primera), lógica consecuencia de la circunstancia de que la aplicación del Derecho es en el juez el fin único de su actividad, mientras que en el funcionario es el medio de que éste se vale para el cumplimiento de los fines generales de la Administración" (1.096). Aunque complejamente ensamblados (como, por lo demás, se muestran en la realidad), no parece que esta línea de pensamiento se refiera tanto a un subjetivo deber del funcionario para con el Estado, cuanto a un deber con la sociedad que es una llamada al objetivo interés de ésta en que el sistema jurídico en que se estructura no se vea alterado por la actuación de aquellos que están específicamente encargados de su mantenimiento, la alteración, la desviación, el "torcimiento" de la actividad que estos desarrollan para el cumplimiento de tal objetivo, es lo que parece interesar de la conducta del funcionario prevaricador.

QUINTANO, que entiende que la prevaricación judicial debería trasplantarse a los "Delitos contra la Administración de Justicia", sitúa la de funcionario público entre las "Infracciones de infidelidad", y, más concretamente, entre las infidelidades "en la resolución de asuntos"; de entre todas las "infidelidades" de funcio-

(1.095) Ob. cit., pg. 194

(1.096) Ob. cit., pgs. 196-197.

narios en servicios que le están encomendados", dice, "ostenta una naturaleza claramente genérica, y por lo mismo de cierta vaga contextura, la de "prevaricación", que quizás por ello figura en el Código a la cabeza de los delitos del Título". Por una parte, entiende que en el C.p. español el concepto de prevaricación está referido no a faltar conscientemente a los deberes que impone el ejercicio del cargo, como suele decirse, sino a los específicos implicando una decisión", (lo que supone una clara indicación de la configuración de la "resolución", que no altera la caracterización de "infracción de deber" que da al delito), "ya que -continúa- existen en el mismo Título VII y en las ilicitudes administrativas numerosísimas infracciones de deber que no son prevaricaciones" (luego están son "infracciones de deber"). Pero, por otro lado, piensa que "en un plano que excede de lo puramente formal, existen en el Título VII tipicidades más concretas en que se incriminan resoluciones o conductas en las que ya no sólo entra en juego la pureza de la función, sino, además, intereses extraños, públicos o privados" (que, naturalmente, no indica) e introduce entre ellas a la prevaricación con la caracterización a que he aludido al principio (1.097). La amalgama es de tal categoría como para no saber a que atenerse.

RODRIGUEZ DEVESA, parte de la necesidad de indagar el bien jurídico en cada norma del Título VII (1.098)

(1.097) "Curso....." Vol. II. cit., pg. 557; el subrayado es mío. En el mismo sentido, "Compendio" T. II cit., pg. 162.

(1.098) "Parte Especial" cit., pg. 990.

y concreta respecto de la prevaricación de funcionarios que "el interés protegido..... es..... la administración pública (que diferencia de la administracción de justicia cuya rectitud está protegida -dice- por la prevaricación de jueces), que también debe proceder rectamente en sus resoluciones" (1.099). Los términos en que concibe esta protección de la Administración pública, que no desarrolla aquí, quizá pueda desprenderse de su opinión, expresada en otro lugar, cuando, hablando de los "Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos individuales reconocidos por la Constitución", más concretamente, dentro de ellos, en el epígrafe que dedica al "Derecho a la integridad de la Administración" (art. 198 del C.p.), dice: "El derecho a la pureza en la gestión administrativa es un derecho no escrito pero implícito en todo ordenamiento político, hasta el punto de que muchos son los ejemplos que podríamos arrancar a la Historia demostrativos de que en último extremo los pueblos son capaces de renunciar gustosos a las más preciadas libertades con tal de poner término a la corrupción. Los funcionarios públicos se encuentran siempre en una posición privilegiada, por modesta que sea la que ocupen en la jerarquía política o administrativa, para enriquecerse ellos o enriquecer a otros. Los casos extremos de prevaricación, cohecho, malversación y fraude se hayan sancionados en otros lugares del Código. Aquí la ley adelanta las barreras abarcando los supuestos en que no es demostrable un enriquecimiento torticero, más la conducta del funcionario comporta el grave riesgo de que ha de abusar de su función en unilateral provecho de los intereses en que está implicado"

(1.099) Ob. cit., pg. 999

(1.100). La pureza de la función, el abuso de poder, la necesidad de proceder rectamente en sus resoluciones, son los caracteres que, en definitiva, este autor considera en esa Administración pública que estima atacada por el delito de prevaricación.

Omisión de toda referencia o referencias escuetísimas, fórmulas vagas de casi imposible concreción, argumentaciones contradictorias, tendencia al autoritarismo, mimetismo respecto de las formulaciones civilistas, etc. Este es el panorama que, de modo general, presenta la doctrina. Una doctrina que, sin embargo, puede actuar sobre un esquema legal que, a través de la diferenciación entre prevaricación judicial y administrativa, constituye un modelo mucho más liberal que los que presentan los códigos penales alemán o italiano.

4. La doctrina sobre el bien jurídico en el § 336 StGB alemán.

En este último, en realidad no se puede encontrar una figura pareja a la prevaricación del art. 358 del C.p. español. Próximas a ella, aunque con las notorias diferencias que su mero enunciado ya revela, son el "Abuso de "ufficio" en casos no previstos específicamente por la ley" (art. 323) (1.101), el interés privado en ac

(1.100) Ob. cit., pg. 702.

(1.101) "El "ufficiale" público, que, abusando de los poderes inherentes a sus funciones, comete, para producir a otro un daño ó para procurarle una ventaja, cualquier hecho no previsto como delito por una particular disposición de ley, está castigada con reclusión de hasta dos años o con multa de 20.000 a 400.000 liras".

actos de "ufficio" "(art. 324) (1.102) y la "omisión o negativa de actos de "ufficio" "(art. 328) (1.103).

Diferentemente, el StGB contiene, en su § 336, el delito de "Rechtsbeugung", que presenta numerosos puntos semejantes a la prevaricación, tanto judicial como administrativa, del C.p. español (1.104). En consecuencia, resulta mucho más idónea como medio de reflexión la doctrina referente a este delito, que a los antes señalados del C.p. italiano (1.105).

-
- (1.102) "El "ufficiale" público, que, directamente o por persona interpuesta, o con actos simulados, toma un interés privado en cualquier acto de la administración pública cerca de la cual ejerce el propio "ufficio", está castigado con relación de 6 meses a 5 años y con multa de 40.000 a 800.000 liras".
- (1.103) "El "ufficiale" público o el encargado de un servicio público, que indebidamente rehusa, omite o retrasa un acto de "ufficio" o del servicio, está castigado con reclusión de hasta 1 año o con multa de hasta 400.000 liras....".
- (1.104) § 336 StGB: "Un juez, otra persona investida de cargo público o un juez arbitral que, en la conducción o decisión de un asunto jurídico, tuerce culpablemente el derecho, en beneficio o perjuicio de una parte, será castigado con pena de privación de libertad de uno a cinco años".
- (1.105) No obstante, en relación a estos últimos y exclusivamente sobre el tema de sus correspondientes bienes jurídicos, V., p. ej: respecto al "abuso innominato di ufficio", PESSINA "Manuale del Diritto Penale Italiano. Parte Seconda: Norme Speciali sui delitti" cit., pag. 145, refiriéndose al antecedente "abuso de autoridad" que incluye entre "las violaciones criminales de los deberes del "ufficio" público" (pg. 138); LOLLINI, "Dei delitti contro la pubblica amministrazione.." cit., pg. 95 ("abuso de autoridad"); LANZA, "Diritto penale italiano. Vol. II: Dottrina dei singoli reati" cit., pg. 205 ("abuso de autoridad") en relación a pg. 196 ("Violación de los deberes de "ufficio"); ZERBOGLIO, "Trattato di Diritto Penale", vol. III: "Dei delitti contro la pubblica amministrazione e l'amministrazione de la Giustizia", Milano, Casa Editrice Dottore Francesco Vallardi, s.f., pgs. 38-39; LEVI, "Delitti contro la pubblica Amministrazione..." cit., pg. 315; BRASIELLO; "In tema di abuso di ufficio",

...

en GC, Sezioni Penali-Anno 1947, I Semestre, Serie II (Speciale), Vol. XXVII, 1948, pgs. 17-18; MARUCCI "Il dolo specifico nel reato di abuso di ufficio", en lug. ult. cit. pag. 18; GRIECO, "Abuso innominato di ufficio", en GP, 1950, Parte Seconda, columnas 262-266-267 y 268; TESAURO, "Sull'abuso generico di ufficio", en FP, 1950, col. 573; GRANATA, "I lineamenti giuridici dell'abuso di ufficio e la ineficacia dell'attuale formula legislativa", en GP, 1955, vol. LX (X della 6a. Serie), cols. 752 y 754; RICCIO, "I Delitti contro la Pubblica Amministrazione" cit., pg. 391; del mismo, voz "Abuso di ufficio", en NsDI, II (A-Ap), 3a. ed., del Digesto, Torino, UTET, 1957, pgs. 108-110; CONTIERI, voz "Abuso....VI. Abuso innominato di ufficio", en ED, I, 1958, pg. 187; SPIZUOCO, "L'eccesso dei limiti delle proprie attribuzioni", en GP, 1961, vol. LXVI (XVI della 6a. Serie), Parte Seconda, col.84-86; Silvio RANIERI, "Manuale di Diritto Penale", vol. 2o, cit., pg. 220; SANTORO, "Parte Speciale: Delitti contro lo Stato", cit., pg. 264, en el mismo sentido V. también pgs. 222 (i.f.) 223; SPINELLI, "I delitti contro la Pubblica Amministrazione" cit., pg. 615; INFANTINI, "L'abuso..." cit., pgs. 130 y sgs; PAGLIARO, "Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione" cit., pgs. 201 y ss. Respecto al bien jurídico en el "interese privado in atti di ufficio", LANZA, ob. cit., pg. 206, en relación con la pg. 196 ("violación de los deberes de "ufficio"); LEVI, ob. cit., pg. 323; VANNINI, "Parte Speciale" cit., pg. 63; RICCIO, voz "abuso di ufficio" en "Novissimo Digesto Italiano", cit., pg. 112; MAGGIORE, "Parte Speciale", Tomo Primo (Art. 241- Art. 544) cit., pg. 170 (i.f.)-171; SANTORO, ob. cit., pg. 270, V. también pgs. 222 (i. f.)-223 y 264 en que se conceptúa al delito como violación de un deber u obligación; SPINELLI, ob. cit., pag. 619. (i.f.)-620; Carlo Federico GROSSO, "Commissio-be di un atto di ufficio a responsabilità ex art. 324 C.p.", en RIDPP, Nuova Serie-Anno VIII, 1965, pg. 148, n. 13 y pg. 150; del mismo, "Pubblico ufficiale che partecipa ad una deliberazione che giova a lui stesso o ad un terzo: interesse privato in atti di ufficio, abuso innominato o fatto penalmente irrelevante?", en RIDPP, Nuova Serie-Anno IX, 1966, pg. 233; CATLANI, "I delitti contro la pubblica Amministrazione" cit., pg. 97; Giuseppe BETTIOL, "In tema di interesse privato in atti di ufficio"

... cit., pgs. 277-279; INFANTINI, ob. cit., pgs. 165 y ss.; PAGLIARO, ob. cit., pgs. 233 y ss. Y Respecto al objeto jurídico de la "omissione e rifiuto di atti di ufficio", LANZA, ob. cit., pg. 207 en relación con la pg. 196 ("violación de los deberes de "ufficio" "); ZERBOLIO, ob. cit., pgs. 62-63 (p°.); Vincenzo MANZINI, "Trattato di diritto penale italiano secondo el codice de 1930, vol. V, 1937, pg. 261; LEVI, ob. cit., pg. 362; RENDE "Esistono reati senza evento?", en RDP, 1935, Vol. I, pg. 666; VANNINI, ob. cit., pg. 66;; CHIAROTTI, "Sulla irrelevanza dell'annunziamento per illegittimità di un ordine dato del superiore all'inferiore in materia di omissione di atti di ufficio", en RIDP Anno IX-Nuova Serie, 1956, pg. 640 (i.f.) - 641 y n. 1 pg. 641; JANNITTI PIROMALLO, "Elementi di Diritto Penale" Parte Speciale, cit., pg. 94; MAGGIORE, ob. cit., pg. 178; RANIERI, ob. cit., pgs. 234 (i.f.)-235; SANTORO, ob. cit., pg. 304, V. también este delito como violación de un deber u obligación en pg. 223; SPINELLI, ob. cit., pg. 632; CATELANI, ob. cit., pg. 124; PAGLIARO, ob. cit., pgs. 291-292.

A) La doctrina alemana referente al bien jurídico en la "Rechtsteugung" (más bien escasa en relación a este tema si atendemos al, por el contrario, gran número de trabajos dedicados al estudio de los diversos aspectos de este delito), se caracteriza por tres hechos fundamentales:

De un lado, la incidencia de la opinión de OPPENHEIM sobre el bien jurídico en el § 336 del StGB, expresada en su, ya citado, trabajo de 1886. De otro lado, la aplicación (deductiva y muchas veces sin mayor concreción) del pensamiento dominante sobre los "Amtsverbrechen" en general, que los caracteriza, como ya se ha dicho, por el dato de ser infracciones del deber del cargo. Por último, el estrecho vínculo que con frecuencia se establece entre esta cuestión del bien jurídico y la opción teoría objetiva-teoría subjetiva de la "Rechtsbeugung" (1.106).

-
- (1.106) Según la teoría subjetiva, el sujeto sólo se comporta antijurídicamente cuando contraviene su propia convicción de lo que es Derecho (así, existiría "Rechtsbeugung" incluso cuando, habiendo actuado el sujeto en contra de su convicción, el resultado fuera correcto); para la teoría objetiva, en cambio, si el resultado es correcto, se cumple con ello el fin perseguido por el § 336, independientemente de si el sujeto ha llegado a él conforme a su convicción o en contra de ella, pues lo relevante para que exista "Rechtsbeugung" es que la decisión (o la conducción) del acto jurídico esté objetivamente en desacuerdo con el derecho (la convicción, se afirma generalmente, sólo juega en la determinación de la existencia y caracteres de los elementos subjetivos del delito). V., por todos, una exposición de estas teorías en SEEBODE, "Das Verbrechen der Rechtsbeugung" cit., pgs. 13 y ss. Al lado de estas dos teorías señala SEEBODE una tercera posibilidad, o teoría mixta para la que, según este autor, la "Rechtsbeugung" exige "no sola-

Al lado de ellos, debe resaltarse también la trascendencia que para la determinación de cual sea el bien jurídico protegido por el § 336 del StGB tiene la, a su vez, determinación del sentido y amplitud del elemento típico "Recht", del "derecho" que debe resultar "torcido". Y viceversa: la incidencia que tiene para el entendimiento de este elemento de concepción del bien jurídico que se sustente.

Debe, por último, tenerse presente que, pese a que el § 336 del StGB se refiere tanto a la "Rechtsbeugung" de jueces como a la de funcionarios en general

... mente lo subjetivo", sino que "para cumplir el tipo del § 336", también resulta necesario: "1) injusticia objetiva de la decisión, y además 2) como elemento subjetivo del injusto, la intención o tendencia subjetiva del autor de apartarse del Derecho. Una acción injusta que sea perpetrada sin esta tendencia no cumple el tipo objetivo, como no lo cumple tampoco una acción objetivamente conforme a Derecho ejecutada con mala voluntad" (ob. cit., pg. 18; rechaza esta teoría en pg. 19); V. también la "3a. vía", patrocinada por RUDOLPHI, "Zum Wesen der Rechtsbeugung" cit., pg. 627. La relación de estas teorías con los elementos subjetivos contenidos en el delito de referencia, debe hacerse a la luz de la última reforma del StGB, que ha modificado el § 336 en el sentido de que ya no cabe ceñirlo exclusivamente al dolo directo, aunque, desde luego, no se prevé la forma culposa). De todo ello trataré más adelante.

(1.107), prácticamente la totalidad de los autores se centran únicamente en la primera de ellas y sólo con una escueta expresión aluden al hecho de ser lo dicho aplicable (en términos generales) a la "prevaricación" de funcionarios administrativos contenida en la misma norma (1.108).

B) La opinión de OPPENHEIM en torno al bien jurídico en el delito de "Rechtsbeugung", resulta de la concreción de sus ideas respecto a los delitos de cargo en

(1.107) Especialmente tras la reforma: antiguo § 336: "Ein Beamter oder Schichsrichter...."; actual § 336: "Ein Richter, ein anderer Amtsträger oder ein Schichsrichter....". V., en relación a ello, los conceptos penales (legales) de "Amtsträger" y "Richter", en StGB § 11, 2 y 3.

(1.108) No siempre; así OPPENHEIM, p. ej., señala que "en nuestro StGB permanecen en forma injustificada, impunes todas aquellas "prevaricaciones" que son perpetradas por aquellos que no son funcionarios judiciales" y acusa al código de no distinguir "entre "prevaricación" cometida por una autoridad judicial y aquella otra cometida por autoridad administrativa" ("Die Rechtsbeugungsverbrechen.....", cit. pg. 237; V. también pgs. 35 y 48.

general (1.109), y se resume en lo siguiente: "El objeto de la "Rechtsbeugung" es el derecho". Ahora bien, este derecho, no es "el derecho subjetivo del Estado que se confiere al juez mediante el otorgamiento del cargo y que está dirigido a que el juez lo desempeñe correctamente de acuerdo a derecho" y ello porque, como el autor intentara demostrar previamente, "la lesión del deber del cargo -lesión que es idéntica a la lesión del derecho subjetivo del Estado respecto al ostentador del cargo, derecho a que este desempeñe su cargo correctamente- es objeto únicamente del derecho penal disciplinario y no del derecho penal público"; así pues, "la "Rechtsbeugung" no es delito de lesión del deber del juez". Pero tampoco es el derecho objetivo el objeto jurídico de la "Rechtsbeugung", ya que aquel existe íntegramente, antes y después de la acción del juez, por encima de éste y de las partes. Ni lo es "el derecho subjetivo individual oprimido por la injusticia del juez....puesto que entonces no podría decirse que existiese "Rechtsbeugung" en el supuesto de que la antijurídica actividad del juez consiste precisamente en el reconocimiento de un derecho subjetivo no existente". "Únicamente puede pensarse en el derecho como objeto de la "Rechtsbeugung" en el sentido de imperio del derecho. Hablamos de imperio (objetivo) del derecho, decimos que el derecho impera, tanto cuando los derechos subjetivos alcanzan validez en cuanto referidos al derecho objetivo, como cuando no lo alcanzan por no originarse en dicho derecho objetivo. Toda "Rechtsbeugung" se dirige en contra de este imperio del derecho. El imperio del derecho se

(1.109) Ya sucintamente expuestas: V. más atrás.

lesiona, el derecho no tiene ya este dominio, cuando el juez oprime un derecho subjetivo existente, nacido del derecho objetivo, así como cuando deja vigente un derecho subjetivo inexistente, no originado por el derecho objetivo. Este bien jurídico del imperio del derecho únicamente es accesible al juez (1.110); con motivo de su misma situación de intermediario entre el derecho objetivo y los derechos subjetivos, puede hacerlo desarro

-
- (1.110) A ello, como a la situación del juez como intermediario entre el derecho objetivo, y los derechos subjetivos a que inmediatamente alude, se ha referido previamente el autor con más amplitud: V. pgs. 35, 37-38 (en las que señala que en el §. 336 no están contenidas todas las "prevaricaciones", sino solamente una de ellas: la que sólo puede ser cometida por el juez y únicamente en beneficio o perjuicio de una parte; otros autores -como el mismo OPPENHEIM señala- entienden por "Rechtsbeugung" también otras normas, en concreto, MEVES, señala las de los parágrafos 336, 343, 344, 345 y 346: V. MEVES, "Die Amtsverbrechen", Cap. XXIX del "Handbuch der Deutschen Strafrechts" herausgegeben von Dr. Fr. v. Holtzendorff, III Band, Berlin Luderitz'sche Verlagsbuchhandlung, IV (Supplement) Band, 1877, pgs. 338-352) y pgs. 47-48 (en las que se refiere a la posición del juez "frente al Estado, frente al súbdito y, especialmente, frente a la ley" de donde deduce su papel de "intermediario entre el derecho objetivo y los derechos subjetivos" y a la diferencia que les separa de "todo ostentador de un cargo" que no sea juez, cifrada en que el no juez "no es un intérprete autoritario de la ley..... ya que su posición frente a la ley no es independiente", aunque como el juez tenga que "interpretar y aplicar la ley").

llarse, de igual manera que solo él puede lesionarlo" (1.111).

C) Estas opiniones de OPPENHEIM, lo mismo que, como se ha visto, las más generales referidas a los "delitos de cargo" en su conjunto, van a tener una honda repercusión en la doctrina alemana.

Así, encontrarán a quienes las rechazan -como MEVES (1.112), TREPPER (1.113) ó WACKER (1.114) precisamente por defender la tesis del cargo como único (o por lo menos principal) bien jurídico protegido por el § 336

-
- (1.111) "Die Rechtsbeugungsverbrechen...." cit., pgs. 54-55. Las referencias a los derechos subjetivos que hoy pueden parecer no exactas, deben examinarse a la luz del desarrollo que la doctrina sobre estos había alcanzado en la época en Alemania: V. GARCIA DE ENTERRIA, "Sobre los derechos públicos subjetivos", en REDA, N° 6, Septiembre-Diciembre 1975 pgs. 433-434.
- (1.112) "Das Wesen der Amtsdelikte....", cit., pgs. 233-235.
- (1.113) "Richterbestechung (§ 334 StGB) und Rechtsbeugung (§ 336 StGB)..." cit., pg. 59, n. 1.
- (1.114) "Die Rechtsbeugung...." cit., pgs. 11-14.

del StGB (1.115); y a quienes las recogen total o parcialmente, bien adscribiéndose o bien partiendo de ellas para construcciones más desarrolladas (1.116).

Entre estos últimos cabe mencionar a HENNING, para quien en la "Rechtsbeugung", como en los delitos de cargo en general, "hay que considerar que el bien jurídico

-
- (1.115) Así TREPPER, ob. cit., pgs. 13 y 58-59; WACKER, ob. cit., pgs. 11-14 (aunque, por un lado, diferenciando el deber de servicio, cuya lesión es reparada por la pena disciplinaria, del deber del cargo, que representa intereses de la comunidad y cuya lesión repara la pena criminal -ob. cit., pg. 12- y, por otro lado, señalando que, al igual que respecto de otros delitos del cap. 28 StGB, el deber del cargo no es el único bien jurídico protegido, a su lado pero en segundo lugar, también se protege la legalidad de la Administración de Justicia -ob. cit. pgs. 13-14-); antes que ellos, HÄLSCHNER, "Das gemeine Deutsche Strafrecht" cit., pg. 1073 (aunque previamente, de un modo más amplio, establece como bien jurídico protegido por la "Rechtsbeugung", "el interés del Estado y de la sociedad en un ejercicio del poder del cargo conforme a la ley y al derecho -ob. cit., pg. 1072-) ó, después, EVERS ("Die Strafbarkeit....." cit., pgs. 188-189; aunque señalando que con ello -con la protección del cumplimiento del deber del cargo- se protege, a su través, "la legalidad de la jurisprudencia" -pg. 189-) y, en definitiva, la mayor parte de aquellos, ya citados, que entienden, en general, los "delitos de cargo" como infracciones del deber del cargo. Ello no quiere decir, como se verá, que no existan otros autores para los que consistiendo el bien jurídico en algo diferente del deber del cargo, entiendan este también protegido, o, cuando menos, integrante de la antijuridicidad del delito.
- (1.116) Por lo demás, no faltan críticas directas a la doctrina del deber del cargo como las de BINDING, "Lehrbuch...." cit., pg. 559, n. 2; MUSIELAK, "Die Rechtsbeugung...." cit., pg. 6; u otras, ya referidas, en relación a los delitos de cargo en general.

dañado en primer término es el deber del cargo" (1.117).

Ahora bien, este delito, al igual que los demás delitos de cargo, "significan también un ataque contra otros bienes jurídicos", "bienes jurídicos tanto de la comunidad como del individuo", que en la "Rechtsbeugung" es, para algunos, el derecho subjetivo que el juez oprime con su injusticia, a lo que "puede objetarse que también se dan casos en los que la "Rechtsbeugung" consiste precisamente en la creación de un nuevo derecho subjetivo". Este segundo bien jurídico tampoco puede ser, en la "Rechtsbeugung", "el derecho objetivo como conjunto de normas jurídicas", pues la norma jurídica puede ser aplicada como tal falseándola, sin por ello perder su vigencia y su obligatoriedad", en suma, "el ordenamiento jurídico se ve lesionado por la "Rechtsbeugung" en la misma medida que por cualquier otro delito (1.118). Para este autor, en conclusión, "la "Rechtsbeugung" no sólo se dirige contra el Estado como ostentador del poder funcional, sino también contra el Estado como representante del bien común, a través de la lesión de la pureza del procedimiento judicial" (1.119).

MUSIELAK, por su parte, entiende que "el bien jurídico protegido a través del § 336 es la Administración de Justicia como guardiana de la justicia. Así co-

(1.117) "Die Rechtsbeugung....." cit., pg. 21.

(1.118) Ob. cit., pg. 22. Con lo que denota una importante, casi literal, conexión con la opinión de OPPENHEIM, pese a separarse de él en punto al deber del cargo.

(1.119) Ob. cit., pg. 23.

mo bien jurídico común a todos los delitos de cargo es la exactitud en el ejercicio del cargo, el bien jurídico protegido por el § 336 es la práctica justa, imparcial y libre de arbitrariedad del cargo del juez a través del órgano encargado de ello... También se protege mediante el § 336 la confianza de la comunidad en una Administración de Justicia justa, imparcial y libre de arbitrariedad. Ambos momentos deben ser considerados si se quiere averiguar cual es el bien jurídico protegido por el § 336, que es el siguiente: la justa práctica de la Administración de Justicia y la confianza que en la misma ha depositado la comunidad". En cambio, y obsérvese aquí la conexión con OPPENHEIM, no puede ser bien jurídico protegido por el § 336 el "deber del cargo de llevar a cabo una Administración de Justicia sin tacha". Este deber obliga al juez únicamente en su relación con el Estado. Sin embargo, el Capítulo 28 contiene únicamente aquellos delitos que se refieren a lesiones del deber del funcionario en relación con terceros, mientras que las lesiones del deber que los funcionarios cometen en su relación con el Estado, debe dejarse fundamentalmente al derecho disciplinario" (1.1120).

RUDOLPHI (1.121), auna en su trabajo dos de las perspectivas a que antes aludimos. Por una parte, realiza un análisis de la validez de las teorías objetiva y subjetiva, cuyo resultado es condicionante de la opción que sobre el bien jurídico toma y de la propuesta

(1.120) "Die Rechtsbeugung..." cit., pgs. 5-6.

(1.121) "Zum Wesem der Rechtsbeugung" cit.

de una tercera vía: teoría de los deberes. Por otra parte, conecta doblemente con OPPENHEIM, tanto al aceptar el fin del § 336 en los términos señalados por este autor (protección del dominio -imperio- del derecho), cuanto el versar sobre uno de los problemas también apuntado por el mismo: las posibilidades de "Rechtsbeugung" en los casos en los que la ley no presenta un significado claro y unívoco, sino que ofrece múltiples interpretaciones posibles que pueden conducir a diversos resultados (ley multívoca, que otorga discrecionalidad al juez) (1.122). Para el autor, el bien jurídico protegido por el § 336 es "la función del derecho de crear un ordenamiento adecuado de la vida social". Es el juez el que tiene la tarea de realizar esta función del derecho en cada concreta decisión. Está obligado a ayudar a que esta función se cumpla y a ordenar conforme al derecho todos los asuntos sociales que se le presenten. Su deber consiste en que no sólo no ha de lesionar el bien jurídico protegido por el § 336 del StGB, sino que ha de garantizarlo y realizarlo. Por ésto resulta especialmente grave su ataque a dicho bien jurídico. Así, el injusto en la "Rechtsbeugung" no se agota en la mera causación de una lesión del bien jurídico, sino que también comprende la lesión de un específico deber del juez: el de proteger el bien jurídico, a su vez amparado por el § 336 del StGB, y materializarlo en la realidad social. La "Rechtsbeugung", pues, no es un mero delito de resultado, sino además un delito de deber que exige la lesión de un deber específico antepuesto al tipo penal (1.123).

(1.122) V. OPPENHEIM, "Die Rechtsbeugungsverbrechen... " cit., pgs. 51 y ss. y 74 y ss.

(1.123) Ob. cit., pg. 627.

En Hans-Ludwig SCHREIBER (1.124) se encuentran igualmente presentes ambas perspectivas. En su opinión, para decantarse en favor de la teoría objetiva o de la subjetiva, la consideración del bien jurídico no brinda una convincente clarificación. En verdad el fin del § 336 StGB, como ya lo formuló OPPENHEIM, es asegurar el dominio del derecho, la vigencia del ordenamiento jurídico. Y, en este sentido, piensa que se trata finalmente de evitar las decisiones objetivamente falsas, no se trata de la capacidad funcional del convencimiento judicial, posiblemente totalmente desacertado. Pero, como dice BEMMANN al respecto (1.125), ambas teorías son compatibles con dicho objeto de protección; pues la actuación del juez contra su convicción representa generalmente un importante peligro para la vigencia del derecho (1.126). En relación a la tesis de RU-

-
- (1.124) "Probleme der Rechtsbeugung", en GA, 1972, pgs. 193-208.
- (1.125) V. Günter BEMMANN, "Zum Wesen der Rechtsbeugung" en GA, 1969, pgs. 65-70. Veremos a continuación en qué términos.
- (1.126) Se tratará entonces de determinar, viene a decir BEMMANN, como seguidamente se verá, si el tipo del § 336 StGB es de peligro o de lesión; V. para todo lo anterior, SCHREIBER, Ob. cit., pg. 197.

DOLPHI (1.127), considera SCHREIBER que este pensamiento del deber es adecuado para abarcar la hasta ahora descuidada estructura del delito de "Rechtsbeugung". Sin embargo, resalta que no da una solución decisiva a los problemas planteados por las teorías objetiva y subjetiva, sino que únicamente los cambia de lugar, pues queda abierto el tema de como ha de determinarse el contenido y extensión de este deber del juez, si según un principio objetivo, según una "lex artis" generalmente formulada o según el convencimiento del juez sobre el mismo (1.128).

Las relaciones de la opción teoría objetiva-teoría subjetiva con el bien jurídico se hallan también en otros

-
- (1.127) Según la que la "Rechtsbeugung" no puede determinarse ni en base a la mera consideración de los datos objetivos, ni en base al convencimiento judicial, sino que más bien debería tenerse en cuenta la específica situación de deberes del juez, que exige que éste construya su convicción únicamente con los medios y modos permitidos por la científica búsqueda del derecho; de forma que únicamente se dará "Rechtsbeugung" cuando el juez, en contra de estas reglas, decida en base a consideraciones extrañas al asunto, o no se moleste en llegar a un convencimiento de acuerdo con su deber, aun cuando el resultado de su decisión permanezca en el terreno de lo defendible. V. RUDOLPHI, Ob. cit., pgs. 612-627; SCHREIBER, Ob. cit., pgs. 196-197.
- (1.128) SCHREIBER, Ob. cit., pg. 197; en su opinión, la decisión entre una u otra teoría no puede tomarse sin referirse a sus consecuencias en la esfera del dolo del \S 336; en cuyo estudio se centra seguidamente, así como en el de los otros dos problemas que al principio de su trabajo enuncia (el de la "ceguera" ante el derecho y el del dolo eventual).

autores. Así, en SEEBODE (1.129), BEMMANN (1.130) ó

-
- (1.129) Para quien "el texto legal no permite considerar único bien jurídico protegido por el § 336 la pureza de la práctica del cargo, ya que entonces la lesión del deber del cargo debería, como tal, se punible", y, sin embargo, "si el juez ha llegado a un resultado justo, con ello se logra el fin perseguido por el § 336 y al Estado no le importa la intención que ha guiado dicho resultado" ("Das Verbrechen der Rechtsbeugung" cit., pg. 19) en cambio, "si se entiende que el § 336 persigue la pureza de la práctica del cargo, pero también el proteger al que busca el Derecho, de la lesión de su derecho positivo (real, fundado en hechos), solamente podrá haber "Rechtsbeugung" cuando la decisión no esté de acuerdo con la justicia, con el Derecho objetivo" (Ob. cit., pg. 20) y "este pensamiento se conoce con el nombre de teoría objetiva de la Rechtsbeugung" (Ob. cit., pg. 21). Por último, respecto también al bien jurídico, hablando de la legítima defensa, dice: "El juez civil que adjudica al acusado que le amenaza un derecho que no le corresponde, se defiende a costa del demandante y lesiona de esta manera el interés que tiene el Estado en una correcta Administración de justicia, lo que constituye uno de los bienes jurídicos protegidos por el § 336" (Ob. cit., pg. 103).
- (1.130) Quien, para decidirse por la teoría objetiva o la subjetiva de la "Rechtsbeugung", entiende que es importante establecer cual es el motivo de que la "Rechtsbeugung" sea una acción punible. En este sentido, llega a la conclusión de que con el § 336 lo que se intenta evitar es la emisión de sentencias judiciales incorrectas. El bien jurídico que dicho párrafo protege es, para BEMMANN, el dominio del derecho real (efectivo) y no la aptitud funcional, posiblemente desacertada, de la convicción jurídica del juez. Esta opinión le lleva a aceptar la teoría objetiva y a rechazar la subjetiva. Sin embargo, respecto al bien jurídico que patrocina debe reconocer se dice que también permite construir, sobre él, la teoría subjetiva, en cuanto que si

SARSTEDT (1.131) (1.132).

... el juez actúa en contra de su convicción, puede poner abstractamente en peligro dicho bien. Pero ello -sigue diciendo- sólo sería posible si se aceptase que la "Rechtsbeugung" es un delito de peligro abstracto, lo que no es sostenible, sobre todo si se tiene en cuenta que el tipo habla de un torcimiento del derecho en "beneficio o perjuicio" de una parte y hasta que dicho resultado no se produzca no puede afirmarse que el delito está consumado. La "Rechtsbeugung" pues, -termina- únicamente puede darse cuando se produzca una lesión del dominio del derecho efectivo ("Zum Wesen der Rechtsbeugung" cit., pgs. 67-70).

(1.131) "Fragen zur Rechtsbeugung" cit., pgs. 427-444. Quien, partidario de la teoría subjetiva (Ob. cit., pgs. 429 y ss.), entiende que la amenaza penal en que consiste el § 336 StGB sólo puede ser el medio para proteger inmediatamente la pureza del ejercicio del cargo y sólo mediatamente, la corrección de la decisión (Ob. cit., pgs. 434-435).

(1.132) Una definición que intenta ser sintética de varias de las posturas ya expuestas (en congruencia con el contexto de la Ob. en que se encuentra, dirigida a estudiantes) es la de OTTO, según el cual "comete" "Rechtsbeugung" quien lesiona el Derecho y la ley mediante la lesión que los deberes que como juez, funcionario o juez arbitral la corresponden en cuanto a la averiguación de los hechos o la aplicación del Derecho" (Harro OTTO, "Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte. Ein Lernbuch", Berlín-New York, Walter de Gruyter, 1977, pg. 457). Otras posturas que plantean aspectos hasta aquí no resaltados, son por ejemplo, las de Ludwig BENDIX, "Die Rechtsbeugung..." cit., quien (partidario de la teoría subjetiva -Ob. cit., pg. 54) entiende que "la Rechtsbeugung" no es sólo un delito de cargo, es un delito eminentemente político... Por lo tanto, no debería juzgarse por un Tribunal ordinario, sino ante el Tribunal Estatal del Reino Alemán, que tiene la tarea y el deber de hacer vigentes los elementos históricos, éticos y político-estatales de la

...

comunidad estatal (Ob. cit., pgs. 59-69). Opinión, ésta, contestada por EBERMAYER, "Die Rechtsbeugung im Künftigen deutschen Strafrecht", en DRiZ, 1927, pgs. 60-62, en los términos: "Parece que lo que pretende Bendix es que, junto a la "Rechtsbeugung" individual y privada, que es lo que hasta ahora se ha entendido únicamente por "Rechtsbeugung", se castigue también con una pena lo que el llama "Rechtsbeugung" política. Debe ser castigado por "Rechtsbeugung" no sólo el juez que, en la conducción o decisión de un asunto jurídico tuerce el Derecho en beneficio o perjuicio de una parte, sino también aquel del que puede afirmarse que se deja determinar por móviles o fuerzas enemigas del Estado libre. Se unen aquí dos cosas que en absoluto se compaginan la una con la otra. En muchos casos la ley ofrece al juez la posibilidad de interpretaciones diferentes, y a menudo, sitúa bastante lejos la frontera de la discrecionalidad. Unos jueces pueden decidir de una manera y otros de otra; pero ambos se mantienen dentro del marco legal. Únicamente puede guiar al juez en tales casos de soluciones posibles, consideraciones de tipo objetivo apolítico, puramente jurídico. Si se deja determinar por móviles o fuerzas enemigas del Estado libre, como dice Bendix, lesiona su deber de juez y puede que el Estado haya omitido el reaccionar penalmente también contra ello (si es que es posible crear un tipo penal de esta índole); pero nunca puede describirse tal conducta como "Rechtsbeugung" y ser arrojado con ella al mismo cesto" (ob. cit., pg. 61 (i.f.) -62). Destaca, por último, de la misma manera que en relación a los "delitos de cargo" en general, la postura de Richard SCHMIDT ("Grundriss der Deutschen Strafrechts", 2. Aufl. cit.,), para quien "toda "Rechtsbeugung" aporta un elemento extraño al caso, extraño al funcionamiento administrativo, que falsea el aparato orgánico de la vida comunitaria", de esta manera aparece, como los demás delitos de cargo, "como una inhabilitación o como un deterioro del aparato instrumental de la sociedad" (entendiendo que el funcionario es un instrumento al servicio de la comunidad) (ob. cit., pg. 314); "aparte del cohecho, la prevaricación aparece como abuso del cargo por parte de la autoridad revestida de un poder de decisión, en particular por parte de los funcionarios judiciales en sus diversas variantes" (ob. cit., pg. 316).

D) De esta breve consideración de parte de la doctrina alemana sobre la "Rechtsbeugung", se desprende una idea a mi entender crucial y que antes he enunciado someramente: la ausencia de caracterización diferenciada de la actividad administrativa en relación a la judicial, por lo que a este delito atañe. Elo viene propiciado, en mi opinión, por la incidencia de tres factores:

En primer término, que la "Rechtsbeugung" tradicionalmente, como la "prevaricación" en España, es la de jueces; no la de funcionarios. En segundo término, y sobre la base del anterior, por el hecho del tratamiento conjunto, y no siempre bien señalado legalmente (1.133), de ambas figuras de delito.

En tercer lugar, porque este unitario tratamiento legal, data del Código de 1871, y hay que tener en cuenta que, como resalta GARCIA DE ENTERRIA, "según el planteamiento originario del principio de legalidad, la Administración, primero, no podía actuar por propia autoridad, sino amparándose en la autoridad de la Ley..... y segundo, a ese mecanismo se le califica de proceso de ejecución de la Ley". En esta línea de pensamiento, "la primera expresión, más o menos construida, para calificar la técnica de ejecución de la legalidad por la Administración consideró tal ejecución como una simple particularización en la actuación concreta de los mandatos abstractos de las normas, según el ejemplo histórico ofrecido por la sentencia judicial aplicativa de la Ley. Otto MAYER observó agudamente que sobre este esquema judicial, ofrecido quizás irreflexivamente por los juristas que nutrieron mayoritariamente las Asam-

(1.133) Hasta la última reforma del StGB, como se ha visto.

bleas y los cuadros revolucionarios por su práctica procesal habitual, se forjó el concepto clave de acto administrativo, que se consideró una declaración concreta con que la administración particulariza o aplica una previsión general normativa" (1.134).

Construída en vía teórica esta similitud entre ambas actividades, no puede extrañar el indicado tratamiento conjunto dentro de la más amplia de las referencias penales a las mismas: en el delito de "Rechtsbeugung". Como igualmente, y sobre la prioridad que, tanto en la tradición como en el aludido esquema se da a la actividad judicial, tampoco puede extrañar que se determine, mayoritariamente, un bien jurídico (el imperio -dominio- del derecho) que sustancialmente se refiere a dicha actividad y no a la administrativa.

Todo lo anterior hace que la cuestión del bien jurídico, cuando se trata de una "Rechtsbeugung" no judicial sino administrativa, nos haga reflexionar sobre una opción: ¿ocurre que, en función de todas las razones que he aportado se ha llegado a una confusión entre el bien jurídico propio de la "Rechtsbeugung" judicial y el concerniente a la administrativa, siendo así que, en realidad, deberían haberse diferenciado ó si no una confusión, por lo menos se ha incurrido en el olvido de destacar este último y singular bien jurídico? ¿ó, por el contrario, ocurre que la "Rechtsbeugung" representa un ataque a un único bien jurídico tanto si el delito se realiza por los jueces en la actividad que es propia como por funcionarios en la administrativa?

En mi opinión, la opción debe decantarse por la

(1.134) "Curso..." T.I., cit., pg. 272; los subrayados son míos.

primera posibilidad en cualquiera de sus dos versiones. Y ello, en primer término, en razón a la incidencia de los tres factores antes apuntados y, en segundo término, porque no nos hallamos ante un delito dirigido contra una cualidad común a las actividades judicial y administrativa, sino ante dos figuras de delito, en las que no sólo se puede sino que se deben distinguir bienes jurídicos distintos, según se trate de un juez en el desempeño de la actividad judicial (1.135) ó la in-

-
- (1.135) Conviene, pese a la aparente reiteración, insistir en que el juez se encuentre desempeñando esa actividad, pues puede perfectamente suceder que realice una actividad administrativa, en el curso de la cual también cabe que ejecute una "Rechtsbeugung" (administrativa); por ejemplo, el juez "al resolver un expediente disciplinario instruido a un inferior" (ejemplo de FERRER, "Comentarios...." cit., T.IV., pg. 71); también en este sentido QUINTANO, para quien el artículo 358 "aunque generalmente se reserve a los (funcionarios) de carácter administrativo, con exclusión de los judiciales, creo que es de posible aplicación a éstos en funciones no estrictamente jurisdiccionales, por ejemplo en el caso de nombramientos, subastas, o materias ajenas a lo estrictamente judicial", "Curso...." cit., T. II, pg. 558. Y TEJERA, "La Prevaricación" cit., pg. 224: "Cabe preguntar si los funcionarios y empleados del poder judicial pueden incurrir en este delito (prevaricación administrativa); a primera vista parece que no, pero si observamos todas las funciones del Poder judicial, tropezaremos con que algunas veces actúa en asuntos meramente administrativos, cuando son encargados del material, p. ej., cuando son jefes y administradores de los edificios que se denominan Palacios de Justicia, cuando desempeñan servicios especiales....; y entonces, cuando actúan en esa forma, pueden delinquir de esta manera, porque la palabra genérica con que empieza el artículo, es tan amplia que los comprende a ellos también; la limitación está en la materia y no en el agente activo del delito". En cuanto a los jue-

justa resolución de un funcionario administrativo. Argumento este último que se basa, precisamente, en la naturaleza del bien jurídico mayoritariamente determinado por la doctrina alemana para la "Rechtsbeugung".

5. Los rasgos fundamentales caracterizadores de la actividad administrativa. El servicio de la administración a la comunidad como ámbito del bien jurídico protegido por la norma del art. 358 C.p.

Efectivamente, a través del mismo esta doctrina hace una acertada llamada a la directa vinculación que existe entre el juez y el Derecho. Lo que es perfectamente compartible pues, como ya en anterior ocasión hemos afirmado, con palabras de GARCIA DE ENTERRIA, el juez no es "un órgano del Estado, sino del Derecho". Es viva vox iuris, iuris dictio, directamente vinculada al Derecho, sin insertarse jerárquicamente en su función sentenciadora en ninguna organización, sin perjuicio de que esta le designe, le sostenga, y ponga al servicio de sus decisiones su propia fuerza" (1.136).

... ces arbitrales (a los que específicamente se refiere el parágrafo 336 StGB), respecto al Código español, según PUIG PEÑA: "¿Se comprenderá también (dentro de la palabra "juez" que contiene la prevaricación judicial) a los árbitros y amigables componedores? Entendemos con SANCHEZ TEJERINA que sí, ya que son verdaderos jueces y sus fallos tienen el valor de éstos" ("Derecho Penal" cit., pg. 406) V. la equiparación a efectos del delito de prevaricación de "los jueces de derecho" y árbitros de la misma clase" en el Código P. de 1822, art. 451, Primero y respecto a la pena en el art. 452.

(1.136) "Curso...." cit., T.I. pg. 25.

Pero, si, realmente, es esta la fundamental y diferenciadora característica de la actividad y a ella se refiere la antijuridicidad del delito de "Rechtsbeugung" (que así se configura como el delito que más ampliamente se relaciona con esa actividad, de entre aquellos que también la aluden a través del ataque que implican a otras más determinadas cualidades de que se tiene que rodear), del mismo modo debe recordarse que justamente desde esta perspectiva es desde la que se traza la distinción esencial entre actividad judicial y actividad administrativa.

Así, volviendo otra vez a la autorizada opinión de GARCIA DE ENTERRIA, entiende este autor que "es claro, en todo caso, que el Juez, en el ejercicio de sus funciones de tal, no está organizado dentro del Estado..... La relación entre el Derecho y el Juez es directa, sin que ningún otro sujeto u órgano pueda intervenir en el momento de tomar sus decisiones". Frente a lo que, a continuación, afirma: "La situación de la Administración Pública es, por el contrario, completamente distinta. La Administración Pública se encuentra totalmente organizada y los funcionarios son simples agentes de esta organización. La Administración Pública no es representante de la comunidad, sino una organización puesta a su servicio, lo cual es esencia distinto. Sus actos no valen por eso como propios de la comunidad..., sino como propios de una organización dependiente, necesitada de justificarse en cada caso en el servicio de la comunidad a la que está ordenada" (1.137).

Esta configuración rotundamente distinta de Admi-

(1.137) "Curso...." cit., T. I, pg. 25.

nistración de Justicia y Administración Pública, no puede por menos, como es obvio, que implicar caracterizaciones también diferentes de las correspondientes actividades judicial y administrativa y, en consecuencia, obliga a singularizar entre sí los bienes jurídicos que se encuentran afectados por las figuras de delito que se refieren a las cualidades que más profundamente marcan tal distinta caracterización. O, dicho en otras palabras, si para la "Rechtsbeugung" judicial se señala el Derecho, el imperio del mismo, como su objeto jurídico, para la administrativa habrá de determinarse un bien jurídico que, como aquel para la actividad judicial, suponga el más importante de los caracteres que debe reunir la administrativa.

Esto, que, a mi entender, resulta válido para una norma que, como el § 336 StGB, trata conjuntamente la "Rechtsbeugung" judicial y administrativa (1.138), es con más razón aplicable a una legislación que, como la del C.p. español, según antes advertía, establece una nítida distinción sistemática entre prevaricación judicial y prevaricación administrativa.

(1.138) Tratamiento unitario que puede, quizás, encontrar una justificación última en la actualidad en el artículo 20, parr. 3 de la Ley fundamental de Bonn que, también unitariamente, establece que "el poder Ejecutivo y los Tribunales están vinculados a la Ley y al Derecho".

Pues bien, en el sentido acabado de apuntar, los rasgos que con más fuerza contribuyen a la caracterización de la Administración Pública y, por tanto, de la actividad administrativa, son (como se ha visto sobre la opinión de GARCIA DE ENTERRIA) el estar desempeñada por "una organización servicial de la comunidad", que "aparece con una personalidad jurídica propia" y "es, ante todo, un sujeto de relaciones jurídicas".

De entre ellos, ya se han deshechado como posibles bienes jurídicos en el delito en estudio tanto el aspecto de organización (1.139) , cuanto el de la personalidad jurídica (1.140), posible bien jurídico este

-
- (1.139) Bien jurídico esencialmente instrumental, y no, pues, el fundamental, hacia el que está preordenada; que, no obstante, puede verse afectado, en cuanto a la perspectiva que ofrece de "buen funcionamiento" de la Administración pública por otros delitos: por ejemplo, su puesta en peligro por los de "anticipación prolongación y abandono de las funciones públicas".
- (1.140) V. más atrás las consideraciones en torno al concepto Administración-persona. A la crítica general allí recogida respecto a la actitud de hacer artículo de fe de la atribución de personalidad jurídica a la Administración, que lleva a la consecuencia de entender que la consideración de la Administración como persona jurídica es un momentáneo dato histórico a superar, se añaden críticas más concretas que, al señalar los peligros de tal estimación, añaden fuerza a dicha consecuencia. En este sentido cabe entender la opinión de TRAVERSO cuando dice: "... a fuerza de contemplarse la Administración como persona jurídica que entra, en teórica paridad, en conflicto con el particular para someterse a lo que determine un tercero, acaba considerando sus relaciones con los particulares, las relaciones jurídico administrativas, con un patente egocentrismo impropio de la misión que le es consustan-

último que por lo demás, no se advierte como pudiera resultar dañado por las injustas resoluciones de los funcionarios.

Respecto a los dos restantes, ya desde el primer momento ciertamente se detecta una supeditación de las "relaciones jurídicas" a la idea de "servicio a la comunidad" (1.141), pues sólo cuando aquellas responden a

... cial como servidora de los particulares. Constituyen legión los funcionarios administrativos que, imbuídos por esta deformación jurídica, ven en el particular al enemigo de la Administración. Este patológico desdoblamiento de la personalidad del Estado es las más de las veces notoriamente perjudicial para el ciudadano, sobre todo para el ciudadano que, con toda razón, desea ver en el Poder Administrativo el calor protector del Estado moderno, y no una ficción llamada persona a la que un día con toda seguridad no muy lejano, puede hacer sentar en los Tribunales" ("Ilusión y realidad del Estado de Derecho" cit., pg. 650 ; el subrayado es mío, para poner en evidencia que sí se conviene en que, como después se verá, esta idea de servicio de la Administración a la sociedad, constituye el objeto de protección del art. 358 C.p., es obvio, caso de aceptarse la argumentación reproducida, que este bien jurídico se presenta en ocasiones en directo contraste con el hecho de atribuir personalidad jurídica a la Administración, lo que descalifica a este último como un objeto de protección de la mencionada norma penal).

(1.141) Supeditación también reconocible en relación a los otros dos ya deshechados; lo que otorga más fuerza a esa marginación.

ésta podrán ser legítimamente establecidas. Este hecho, puesto que estamos en la búsqueda del rasgo de mayor importancia en la caracterización de la Administración Pública y de su actividad, bastaría para decidir la cuestión. Pero, a mayor abundamiento, resulta fácilmente concebible la posibilidad del dictado de injustas resoluciones que no supongan el establecimiento de relaciones jurídicas. Lo que implica tanto como descartar estas como objeto jurídico de la prevaricación del art. 358, C.p.

Consiguientemente: El servicio que la Administración Pública tiene que prestar a la comunidad, la necesidad de justificar su actuación en cada caso precisamente en este servicio a la comunidad, es lo que, como hipótesis de trabajo, parece deducirse de todo lo anterior como el ámbito del bien jurídico pretegido por la norma del art. 358 del C.p. (1.142).

-
- (1.142) Esta idea de servicio de la Administración a la sociedad, no puede, sin embargo, adoptarse con el efecto obnubilador de las grandes palabras que en otros terrenos (próximos), según se ha visto (idea de libertad, igualdad, autonomía de la voluntad), se intenta producir. Debe referirse a la concreta realidad en que se ha de desenvolver; la cual marca sus límites y muestra su auténtica dimensión: de mal menor; sólo cuando esa realidad de base haya cambiado, podrán tomarse estos términos que la expresan en su total significado. Que ello es así aparece más claro todavía cuando, como a continuación se verá, se comprueba que el marco de esa idea de servicio es la legalidad, y esta (con particular evidencia en su zona de legalidad positiva) es la legalidad de la clase burguesa, la legalidad burguesa. A estos efectos, resulta particularmente esclarecedor el examen externo e interno que hace POULANTZAS de la "burocracia administrativa de la sociedad capitalista". En opinión de este autor "esta segunda casta"

6. Verificación de la hipótesis anterior y concreción del objeto de protección indicado. La legalidad en el ejercicio de la actividad administrativa como bien jurídico protegido en el art. 358 C.p.

La verificación de esta hipótesis (así como el intento de lograr una mayor concreción en la determinación de ese bien jurídico), parte de considerar las bases en

... no puede funcionar efectivamente como factor de totalización del interés privado y del interés general, como creía Hegel, ó como mediador "neutral" entre las clases sociales, como pretenden las doctrinas neo-capitalistas del Welfare State. Y ello no solamente porque, desde un punto de vista externo, esta "casta" colabora, en tanto que casta, en el universo de la base-intereses económicos, relaciones sociales-con la clase que se halla en el poder, sino también porque, desde un punto de vista interno, suponiendo incluso que en ese sustrato de la base esa casta haya podido funcionar con autonomía e independencia, el universo axiológico-normativo que en una sociedad capitalista constituye su marco de existencia funcional -por ejemplo, lógica interna de la delegación formal de poderes por la regla de la competencia, distinción formal pero confusión real de los 3 poderes, distinción abstracta y formal entre "actos de gobierno" y "actos de administración" del poder ejecutivo, etc.-, no le permite asumir ese papel neutral. Efectivamente: en contra de lo que creía Max Weber, la especificidad de ese universo no se debe a esta casta burocrática, "racionalizante" incluso, sino a la sistematización, que tiene su propia lógica interna, de un conjunto axiológico-normativo basado en los intereses del capitalismo; de ahí la ilusión de una exigencia neocapitalista de "rejuvenecimiento" del marco de funcionamiento de la burocracia tecnocrata este marco de hecho, es congénitamente "viejo" ("El examen marxista del Estado y del Derecho actuales y la cuestión de la alternativa", cit., en "Marx, el Derecho y el Estado" cit., pg. 101,

que se apoya, o como se comprueba, el servicio de la Administración Pública a la comunidad. O, dicho de otra manera y atemperándonos a la conducta descrita por el art. 358 C.p., lo que hay que aclarar es la forma en que la Administración, sus funcionarios, justifican que su actuación, más concretamente, las resoluciones que dictan, efectivamente responden a un servicio que se presta a la comunidad.

La cuestión, dentro de un sistema en el que se puede afirmar que el Derecho de la Administración Pública, el Derecho administrativo, surge (y este origen todavía determina su configuración actual) "como manifestación de las concepciones jurídicas de la Revolución Francesa y como reacción directa contra la técnica de gobierno del absolutismo" (1.143), sólo tiene una respuesta: el

... en "Hegemonía y dominación en el Estado moderno" cit., pg. 35). En función de todo lo anterior, el principio de la legalidad no debe entenderse como fin en sí mismo, sino como un medio en una "lucha por el progreso real de la sociedad"; pero un medio que, en la actual fase de desarrollo histórico, es una "exigencia elemental e irrenunciable" (como los términos entrecomillados de las paralelas consideraciones de BARATTA sobre el Estado de Derecho, "El Estado de Derecho....." cit., pgs. 22-23.

(1.143) GARCIA DE ENTERRIA, "Curso....." cit., T. I, pg. 268.

que los funcionarios públicos sirven a la comunidad a través del dictado de sus resoluciones, sólo puede comprobarse mediante la constatación de que las mismas se encuentran sometidas, responden, a la legalidad (1.144).

A) Traer a colación la legalidad no resulta, como, quizá, pudiera pensarse, la aportación de algo abstracto y manido en este terreno de lo jurídico-penal, sino que, por el contrario, significa aludir a una idea muy concreta y que no suele resaltarse suficientemente en relación a los "delitos de funcionarios" y, singularmente, a la "prevaricación" de funcionarios públicos.

Indica (también aquí, también en el terreno de lo jurídico-penal) la pretensión en su momento "de asegurar la libertad del ciudadano", "la libertad de quien hasta ese momento estaba situado como simple súbdito pasivo

-
- (1.144) En otro lugar, dice el propio GARCIA DE ENTERRIA: "La idea de someter el poder sistemáticamente a un juicio en el que cualquier ciudadano pueda exigirle cumplidamente justificaciones de comportamiento sobre el derecho, es una idea que surge del Estado montado por la Revolución Francesa" ("La lucha contra las instituciones de poder" cit., pg. 13). Ello no sólo dará origen al autocontrol administrativo, o al jurisdiccional en vía contenciosa, sino que para los casos más graves, también generará un control jurisdiccional penal, singularmente concretado en el delito de prevaricación de funcionarios públicos.

respecto de un poder ajeno y trascendente" (1.145).

En efecto, frente a la construcción absolutista del rey como fuente de todo Derecho, que recibe su fuerza del origen divino del monarca, los revolucionarios franceses opondrán que el Derecho se genera directamente en la comunidad, en su voluntad general, como única forma legítima de expresión de la Ley general, lo que no sólo implica "desplazar del Rey al pueblo el origen del Derecho y reducir todos los actos singulares a la mera particularización de leyes generales", sino que todo ello se efectúa en beneficio de esa idea de libertad del ciudadano acabada de resaltar (1.146).

Pero, lo que aquí resulta necesario destacar como particular consecuencia del anterior proceso, es la insoslayable precisión de que "toda actuación singular del

(1.145) GARCIA DE ENTERRIA, "Curso...." T. I. cit., pg. 268 en relación a lo jurídico-administrativo; precisamente, contraponiendo esta pretensión a la idea de que el movimiento que engendró el principio de la legalidad de la Administración, pudiera perseguir "la gloire de L'Etat, o la realización de un "orden moral" y transpersonal" (entrecomillado en el original); lo que muestra hasta qué punto resulta equivocado en el enfoque estatalista que, de forma dominante, se da a los "delitos de funcionarios" y que, ya anteriormente, he criticado.

(1.146) Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, "Curso....." cit., pg. 268 .

poder esté justificada en una Ley previa". Exigencia que se razona doblemente: Primero, porque "la legitimidad del poder procede de la voluntad comunitaria, cuya expresión típica.... es la Ley". Segundo, porque, atendiendo al esquema de la división de poderes, "el Ejecutivo se designa así porque justamente su misión es "ejecutar" la Ley, particularizar sus mandatos en los casos concretos", es decir, que con la división de poderes se otorga preeminencia al Legislativo sobre el Ejecutivo y se "limita al segundo a actuar en el marco previo trazado por las decisiones de aquel, ésto es, por las Leyes".

De esta manera, se llegará al enunciado del principio de legalidad de la Administración, que, significando propiamente el sometimiento de ésta a la Ley, "a cuya ejecución limita sus posibilidades de actuación", va a suponer respecto al Antiguo Régimen, un "cambio radicar de concepción del sistema jurídico". Así, ahora la Administración es una creación abstracta del Derecho y no una emanación personal de un soberano y actúa sometida necesariamente a la legalidad, la cual, a su vez, es una legalidad objetiva que se sobrepone a la Administración y no un mero instrumento ocasional y relativo de la misma, y por ello también tal legalidad puede ser invocada por los particulares mediante un sistema de acciones, expresión del principio de libertad que la Revolución instaura, y que revela como dicha legalidad viene a descomponerse en verdaderos derechos subjetivo" (1.147).

(1.147) Para todo lo anterior V., GARCIA DE ENTERRIA, "Curso...." cit., T. I., pg. 269-270. A través de la idea de legalidad, se puede percibir de un modo nítido la gran distancia que separa una concepción de bien jurídico en el delito de prevaricación montada sobre

...

ella, de las que se construyen a base de la protección de la Administración, como organización burocrática o sobre la infracción del deber. El mismo autor acabado de citar ha señalado en otro lugar como "la legalidad de la Administración no es así (considerando las "reglas profundas que siguen siendo la base de cualquier construcción de un Estado de Derecho donde se articulan las posiciones jurídicas básicas de la Administración y del administrado") una simple exigencia a ella misma, que pudiese derivar de su condiciones de organización burocrática y racionalizada: es también, antes que eso, una técnica de garantizar la libertad. Toda acción administrativa que fuerce a un ciudadano a soportar lo que la ley no autoriza o la impida hacer lo que la ley permite no sólo es una acción ilegal, es una agresión a la libertad de dicho ciudadano. De este modo, la oposición a un acto administrativo ilegal es, en último extremo, una defensa de la libertad de quien ha resultado injustamente afectado por dicho acto" ("Sobre los derechos públicos subjetivos" cit., pgs. 339-340). Precisamente, continúa diciendo, es aquí donde está "la más aguda diferencia que desde el punto de vista jurídico se produce entre la Administración del Rey absoluto y la surgida de la Revolución". En aquella, "la Ley política" es "una pura instrucción interna que articula en una dirección concreta la superioridad abstracta y subjetiva que corresponde al Rey por ser tal y que pone en marcha su propio aparato operativo" (Ob. cit., pg. 440). De esta manera, es fácil comprender que expresar la prevaricación como una infracción del deber es una construcción que se encuadra, sirve y es derivación de la concepción del antiguo régimen en torno a la articulación de la relación legalidad administrativa-posición del funcionario-situación jurídica del ciudadano (súbdito). Sobre ella, la prevaricación del funcionario administrativo aparece como una "rebelión interna" de aquel frente al poder real absoluto, como un quebrantamiento del deber que tiene para con el Rey; en forma alguna, un ataque a la legalidad que ya no es "un mandato (entre otros posibles) de un imperante subjetivo", sino "un marco que acota el campo de las acciones legítimas, sobre el cual, correlativamente queda protegida la libertad

B) Ahora bien, como inmediatamente se advierte (1.148), el "planteamiento simple y claro" hasta ahora expuesto, "se complica con el surgimiento y desarrollo de un poder normativo propio de la Administración, el poder reglamentario (1.149), puesto que la Administración ya no aparece simplemente como ejecutora de las normas parlamentarias, de las Leyes, sino como productora de sus propias normas.

- ... inicial y básica de los ciudadanos, los cuales justamente por ésto (y por su participación en la producción de la ley) dejan de ser súbditos -expresión que quiere decir sometidos- en adelante" (Ob. cit., pg. 440). Sobre el principio de legalidad como garantía de los ciudadanos propia del "Estado de Derecho" y rasgo diferencial respecto del "antiguo régimen", V., DIAZ, "Estado de Derecho y sociedad democrática" cit., pg. 35-38; en el mismo sentido, como consecuencia de la "historia externa" del Estado de Derecho, BARATTA, "El Estado de Derecho...." cit., pg. 15 (i.f.) - 16. Sobre las consecuencias que en la "historia interna" (alemana) del "Estado de Derecho" tuvo "la crisis del principio de legalidad, que se había iniciado en el segundo Reich y agudizado durante la República de Weimar hasta preparar la degeneración del orden jurídico autoritario en el nacional-socialismo", crisis, y posterior supresión, propiciada por "una equívoca contraposición entre ley y derecho", V., BARATTA, Ob. cit., pgs. 19-20, nn. 36-37 y pg. 18.
- (1.148) Y así lo hace el autor a quien estoy siguiendo, y continuará haciéndolo, en toda esta argumentación: V. GARCIA DE ENTERRIA, "Curso... .." cit., T. I. pgs. 271-272.
- (1.149) Ya me he referido anteriormente al origen y desarrollo de este poder así como a las clases de Reglamentos a que puede dar lugar.

Ciertamente, sin embargo, esta complicación no supone contradicción con lo que se lleva expuesto. Porque, en todo caso, la Ley en sentido formal, sigue enmarcando esta actividad administrativa de emitir Reglamentos, la "condiciona, o limita, o determina, o excluye". Ahora bien, esta actividad administrativa, que podría calificarse de desarrollo legal, no de ejecución legal, no merece, por ello mismo, igual tratamiento en el terreno jurídico-penal que esta última. En efecto, en el primer caso, no estaremos (en los supuestos en que la actividad reglamentaria desconozca las condiciones, exceda los límites ó desatienda las exclusiones, legalmente impuestas) ante la desviación de la Administración del servicio que tiene que prestar a la comunidad según lo que ésta ha expresado mediante la confección de una Ley, sino ante el autootorgamiento que la Administración se hace de fijar esa normación, marginando de esta actividad al único sujeto legitimado para desarrollarla: la comunidad a través del parlamento. En otras palabras, no es que la Administración desempeñando su rol de servidor de la comunidad, le haya prestado un "mal" servicio, sino que, precisamente, lo que ha hecho es salirse de este papel y realizar el que, con exclusividad, corresponde al legislativo. No ha ejecutado injustamente una ley, sino que ha legislado. Ha actuado excediéndose de sus atribuciones y entrado en el terreno de otro poder. Ha atacado el esquema de división de los poderes. En este sentido, el código penal prevé el art. 377, no el 358.

No obstante, sucede que, como es sabido, la Administración no sólo dicta estos Reglamentos desarrollo de normas legales, sino que posee (en virtud de razones ya expuestas y sin que ello implique una "reserva reglamentaria") la posibilidad de emitir Reglamentos

propiamente autónomos (1.150).

En el ejercicio de esta posibilidad, puede efectivamente pretender normar materias que sólo corresponden a la Ley ("reserva de Ley"), y este supuesto reproducirá la argumentación que inmediatamente precede y podrá provocar la aplicación del art. 377 del C.p. Sin embargo, también puede ocurrir que dichos reglamentos sean injustos y tal calidad no proceda de incurrir en el anterior defecto. Estos, según ya se ha apuntado (1.151), abren la posibilidad de aplicar el art. 358 del C.p. No estaremos en este supuesto ante un ataque a la división de poderes por autoconferirse la Administración el correspondiente al legislativo, sino, nuevamente, ante la conducta administrativa que se desvía de la idea de servicio a la comunidad. Pero, esta desviación no procede, como es obvio, de su confrontación a la Ley formal (ya que ésta no existe). Se hace entonces preciso reconocer que en este caso (como en otros supuestos no de normas, sino de actos administrativos injustos), la comprobación de que la conducta administrativa no se ajusta a ese servicio, no puede realizarse con la sola me-

(1.150) Según VILLAR, "Reglamentos independientes, que no responden al desarrollo de ninguna Ley, sino que regulan determinado sector social sin una Ley previa que haya determinado los criterios generales de tal normación" ("Introducción y Teoría de las normas" cit., pg. 379).

(1.151) V. más atrás, Cap. I.

dida de la Ley formal. O, dicha de otra forma, el servicio que la Administración debe prestar en todas sus actuaciones a la comunidad, no lo expresa esta solamente a través de la Ley parlamentaria. Ello implica una opción: o el concepto de la legalidad no sirve a los efectos aquí apuntados, o la legalidad tiene otra dimensión que el mero circunscribirse a la Ley.

C) La segunda posibilidad parece ser la correcta (1.152). Con la legalidad, en efecto, no se alude exclusivamente a la Ley formal. La legalidad es algo más rico que ésto e incluso que las relaciones Ley-Reglamento. Con ella se hace referencia al ordenamiento entero. Y éste por su parte, no tiene la mera significación de conjunto de todas las normas: "el ordenamiento precede a la norma, la cual es tal no por ninguna cualidad abstracta o de esencia, sino justamente por su inserción en el ordenamiento concreto, que como tal la precede y ha tenido que definirla previamente como "fuente del Derecho" y en cuyo seno únicamente cobra su sentido" (1.153).

(1.152) V., GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." cit., T. I, pg. 271.

(1.153) GARCIA DE ENTERRIA; "Curso..." cit., T.I, pg. 55. Sobre la superación "del positivismo legalista en el pensamiento político y jurídico alemán", y la sustitución de "la idea de "la ley como previa al Derecho"", por "la de "el Derecho como previo a la ley" (utilizando la fórmula gráfica de Hermann Jahrreiss)", la desconfianza del ciudadano hacia la ley, emanada de la conciencia dominante, "imprecisa, pero no por ello falsa, de que la ley, en otro tiempo escudo de la libertad y del Derecho, se ha convertido hoy precisamente en una amenaza para estos bienes" conforme a una explicación no sólo basada en la reacción frente a la experiencia nacionalsocialista y los postulados "neoiusnaturalista", V. BACHOF, "Jueces y Constitución" cit., pgs.35-48. Sobre el "proceso de continua "desmitificación" de la ley como garantía básica del Estado de Derecho", "característico de la actual fase de evolución del pensamiento jurídico europeo", y consiguientemente "crisis del principio de legalidad", V. BARATTA, "El Estado de Derecho..." cit., pg. 21.

No otra cosa vienen a reconocer los arts. 83,2 de la LJCA y 115,1 LPA, cuando, refiriéndose al ilícito administrativo, aluden de modo general al ordenamiento jurídico y no simplemente a la Ley, fundando el surgimiento de aquel "en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder" (1.154).

En el mismo sentido, superador de la idea de que la confrontación de la actividad administrativa solo se efectúa con la Ley formal, se desenvuelve la argumentación de BACHOF al relacionar aquella actividad directamente con la Constitución, dotando así de una mayor amplitud al control de la legalidad administrativa. Según este autor, si se toma en consideración la "fuerte vinculación y validez de las normas constitucionales materiales", el control judicial de la Administración cobra un mayor sentido, pues, desde esta perspectiva, "el control de legalidad de la Administración significa hoy, al mismo tiempo, control de constitucionalidad de la Administración; significa que también se controla a la Administración sobre el cumplimiento del sistema de valores de la Constitución. Y no solo porque la ley aplicada por la Administración únicamente

(1.154) En el mismo sentido, los arts. 40,2 LPA ("El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y será adecuado a los fines de aquellos") y 48,1 del mismo texto legal ("Son anulables.... los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder"). A estos efectos, debe entenderse que "constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento jurídico" (art. 83,3 LJCA). En la E. de M. de la LJCA se di-

puede cubrir la actuación administrativa cuando ella misma supera por su parte un control de constitucionalidad: hasta aquí el control de constitucionalidad de la Administración es aun control primario de constitucionalidad de la legislación. Sino también porque la Administración se ve directamente confrontada con la Constitución, sin posibilidad de cubrirse con la ley ordinaria, en esa amplia zona que le es abandonada a sus propias decisiones -bajo las rúbricas de arbitrio y de margen de discrecionalidad-. De nada sirve a la Administración el aludir a un margen de arbitrio que le haya sido expresamente concedido por la ley, cuando el juez puede objetarle con éxito que, si bien ha tenido en cuenta los límites concretos del arbitrio según la ley especial, sin embargo, no ha observado las normas constitucionales limitadoras de todo arbitrio" (1.155).

... ce (apartado, IV, 5): "La estimación o desestimación de la pretensión básica -es decir, la declaración de ilicitud y, en su caso, la anulación del acto o disposición depende de que el acto impugnado sea o no conforme a Derecho..... La Ley..... refiere la conformidad o disconformidad del acto genéricamente al Derecho, al Ordenamiento jurídico, por entender que reconducirla simplemente a las leyes equivale a incurrir en un positivismo superado y olvida que lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones"..."

(1.155) "Jueces y Constitución" cit., pgs. 32-33. La conexión de la actividad administrativa con la Constitución, desde una perspectiva más amplia que busca la determinación, a través de este ligamen, del (o de los) bienes (s) jurídico (s) protegido (s) por los delitos contra la Administración pública, es precisamente la línea de tendencia seguida por una ~~importante~~ (y sin duda, hoy la más acogible) corriente doctrinal italiana como se ha visto; en esta dirección se mueven, entre otros, BRICOLA, TAGLIARINI ó STORTONI.

D) Esta necesidad de que la Administración pública vincule su actuación al ordenamiento jurídico, aparentemente reproduce el mismo fundamental carácter que se predica de la actividad judicial: su directa vinculación al Derecho. Se desvanecería así la posibilidad de, precisamente sobre este dato, diferenciar taxativamente una y otra.

No deja de ser, sin embargo, una apariencia.

a) En primer término, habría que averiguar si efectivamente con la llamada al ordenamiento se está aludiendo al Derecho. Es decir, si la referencia es genéricamente al ordenamiento jurídico o al ordenamiento jurídico estatal. Porque, según ciertas opiniones, no son una misma cosa.

En efecto, RODRIGUEZ PANIAGUA, al referirse a "las laguna del ordenamiento jurídico estatal", indica: "El carácter estatal del ordenamiento jurídico a que aquí nos referimos no es de origen o de producción, sino de apoyo o sustentación, por parte del Estado, de acogida bajo su protección, de calificación o clasificación: será así jurídico todo lo que el Estado califique como tal; todo eso pertenece al ordenamiento jurídico que aquí designamos como estatal, aún cuando tenga un origen extraestatal, como, por ejemplo, el Derecho Consuetudinario..... No tendría en cambio, sentido hablar de lagunas con referencia al ordenamiento jurídico en cuanto esta comprendiera también como medio de decisión el Derecho natural, la equidad o algo por el estilo; porque entonces está claro que el ordenamiento habría de ser necesariamente completo, sin lagunas, ya que esos recursos o procedimientos taponarían automáticamente cualquier posible hueco. Pero está claro que dichos procedimientos rebasan necesariamente, por su propia na

tural¹eza, el ordenamiento jurídico estatal, y, por tanto, no puede nunca estar plenamente comprendidos en él" (1.156)

Si se aceptan los términos mantenidos por este autor, no cabe duda de que la referencia de la actuación administrativa al ordenamiento jurídico se entiende en la Exposición de Motivos de la LJCA como vinculación al Derecho: así, cuando habla de la "conformidad o disconformidad del acto genéricamente al Derecho, el Ordenamiento jurídico", identifica ambas expresiones. Así también, en la opinión de GARCIA DE ENTERRIA sobre lo que es ordenamiento jurídico: "una pluralidad de fuentes" con la que, no obstante, se constituye "un sistema unitario, el ordenamiento jurídico", que es "un sistema cerrado..... en el que, por principio, no caben vacíos", que "funciona necesariamente como un sistema total, desde el momento en que su función es regular la totalidad del núcleo social del que surge", lo que no quiere decir que absorba "la integridad de la vida social", pero si que "dispone de una respuesta ante cualquier situación que se presente", de manera que "proscribe la existencia de lagunas" (1.157). Puede por último, comprobarse que, como resalta VILLAR (1.158), la Administración utiliza la equidad para fundamentar algunas decisiones.

(1.156) José María R. PANIAGUA, "Ley y Derecho. Interpretación e integración de la ley", Madrid, Tecnos, 1976, pg. 77.

(1.157) "Curso....." cit., T. I, pgs. 58-59.

(1.158) "Introducción y teoría de las normas" cit., pgs. 547-548.

Sin embargo, a cambio de lo anterior, si, como alguna doctrina indica (1.159) lo demostrativo de la inexistencia de lagunas en el ordenamiento jurídico es el hecho de que "el juez ha de fallar todo conflicto que se le presente, como precisa el art. 1º-7 (antes 6º C.C.) que prohíbe por ello las sentencias non liquet" (1.160), debe advertirse que esta norma no alcanza a la actuación decisoria de los funcionarios de la Administración pública (1.161) y que de la, quizás, paralela obligación de la Administración de dictar resolución expresa según el art. 94,3 LPA, ni mucho menos puede ex

- (1.159) Y, en consecuencia, dicho ordenamiento no es el estatal, en el que existen lagunas: V. R. PANIAGUA, "Ley y Derecho" cit., pg. 78.
- (1.160) GARCIA DE ENTERRIA, "Curso...." cit., T.I, pg. 54. Sobre el valor de afirmaciones como esta V., críticamente, R. PANIAGUA, "Ley Derecho" cit., pg. 82 y ss. Según este autor: "conviene no confundir la prohibición de la denegación de justicia, ó, según la terminología actual de nuestro Código, "el deber inexcusable" de dar una solución, con el deber o la necesidad de darla de acuerdo al ordenamiento estatal (negación de la existencia de lagunas). Lo que impone la prohibición de denegación de justicia es que no se despida a los litigantes sin darles solución; pero una cosa es esto y otra cosa es que esa solución se tome de la ley o del ordenamiento estatal. Como tampoco era lo mismo que se prohibiera alegar el "pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes", según el texto ahora derogado, de nuestro Código, para rehusar el fallo, y que ese silencio, obscuridad o insuficiencia no existiera de hecho en muchos casos" (ob. cit., pgs. 82-83; el subrayado en el original)
- (1.161) El art. 1,7 CC, habla de "los Jueces y Tribunales".

traerse un argumento de igual fuerza que el basado, para los jueces, en el art. 1º, 7 C.C., pues la resolución expresa puede consistir precisamente en alegar la imposibilidad de decisión a causa de las lagunas del ordenamiento jurídico estatal. Por último, frente a la existencia de la prevaricación judicial del art. 357, párrafo 1º. del C.p. (1.162), no se da una paralela prevaricación de funcionario administrativo.

b) Pero, cualquiera que sea la opinión de la que se participe (vinculación de la actuación administrativa al ordenamiento jurídico o al ordenamiento jurídico estatal), lo cierto es que la forma de vincularse Administración y Jueces es completamente distinta y diferencial de ambas actividades.

En efecto, según antes se ha visto, la primera manera de entender la necesidad sentida, y expresada, de que la Administración tiene que actuar amparándose en la legalidad, fué trazar un paralelo entre esta ac-

-
- (1.162) "El Juez que se negare a juzgar, so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley, será castigado con la pena de suspensión". Sólo a través del procedimiento indirecto que propongo, de comisión por omisión en el art. 358 en el caso de silencio administrativo, puede construirse algo similar. Pero, adviértase, para ello es necesario la existencia de una resolución (es decir, precisamente lo contrario que en el caso anterior), que surge por ministerio de la ley (la llamada "resolución presunta"), y que ésta sea injusta: si basta la "injusticia" de no ser resolución expresa, o además es necesario que la injusticia resida en la denegación o admisión presumida, es otra cuestión.

tuación y la sentencia judicial: la Administración sólo "particulariza o aplica una previsión general normativa" (1.163). Pero, como el propio GARCIA ENTERRIA resalta, "ese paralelo entre acto administrativo y sentencia, que inicialmente satisface la necesidad de una explicación técnica, va a ser resueltamente repudiado más tarde al notarse que, evidentemente, no puede intentar explicarse por el mismo rasero la posición respecto de la Ley de la Administración y de los Tribunales", en esta idea se llega a la fórmula de STAHL, según la cual "mientras que los Tribunales tienen en la ejecución (o particularización a un caso concreto) de la Ley el objeto exclusivo de su función, la Administración, por el contrario, tiene como función realizar los fines públicos materiales diversos, sólo que debe hacerlo dentro de los límites de la Ley" (1.164).

Con ello volvemos al principio: nuevamente, a través de la llamada de la Administración a la persecución

(1.163) GARCIA DE ENTERRIA, "Curso...." Cit., T. I, pg. 272.

(1.164) "Curso...." cit., T. I, pg. 272; los subrayados son míos. Continúa el autor diciendo (pgs. 272-273): "Cuando la Administración construye una carretera, por ejemplo, lo hace no para ejecutar la Ley de Carreteras, sino en virtud de razones materiales que hacen a dicha carretera conveniente u oportuna en el caso concreto; el objeto de la actuación administrativa no es, pues, ejecutar la Ley, sino servir los fines generales, lo cual ha de hacerse, no obstante, dentro de los límites de la legalidad".

de los fines públicos, de la necesidad de desarrollar su actuación en servicio de estos fines, se afirma el carácter de ésta de servidora de la comunidad y la caracterización de su actividad como servicio a la misma. Nuevamente también, se señala el único marco en el que dicho servicio puede desenvolverse: la legalidad. Igualmente, de nuevo se percibe como las injustas decisiones administrativas aparecen como una lesión de ese servicio, que se expresa en una ruptura de la legalidad en que este debe enmarcarse.

E) Señalar que la actividad administrativa tiene que enmarcarse en la legalidad, no significa tanto que esta última tiene que referir exhaustivamente todas y cada una de las condiciones de ejercicio de aquella (materia "reglada"), lo que puede no suceder, cuanto que a tenor del objeto de la actuación administrativa (persecución de los fines públicos), la Administración tiene que estar previamente apoderada por la legalidad para desarrollar su actividad (pudiendo quedar gran parte de las condiciones de ejercicio al criterio de la Administración: "discrecionalidad").

Quiere con ello expresarse el rechazo (ya histórico) de la doctrina de la "vinculación negativa". Según ésta, "habría de entenderse que la Administración puede usar de su discrecionalidad, ésto es, de su libre autonomía, en todos aquellos extremos que la Ley no ha regulado" (1.165).

La trascendencia a la legislación positiva de los conceptos de legalidad y discrecionalidad basados en es

(1.165) GARCIA DE ENTERRIA, "Curso...." cit., T. I, pg. 273.

ta doctrina, tiene importante consecuencias para el tema en estudio.

En efecto, participando de ellos la Ley de lo contencioso-administrativo de 1888 (1.166) excluyó de todo control judicial los actos emanados del ejercicio de la discrecionalidad, precisamente porque su origen no estaba en la legalidad sino en el área de libertad de la Administración, que era insusceptible de sometimiento a dicho control. Para esta ley existe discrecionalidad (libertad administrativa) en todo aquello que no haya norma aplicable (1.167). Además, para calificar a un acto de discrecional bastaba con la presencia de algún elemento discrecional, incluso si también contaba con otros elementos reglados: con ello ese acto quedaba excluído del control judicial.

A la vista de lo anterior, "se comprende -como señala GARCIA DE ENTERRIA-, que la legalidad de la Administración, entendida como un principio vinculativo del ordenamiento sobre la Administración, operaba en una franja estrechísima de su actividad, en tanto que lo sustancial de ésta quedaba completamente al margen de la legalidad y de la correspondiente fiscalización juris-

(1.166) Ley Santamaría de Paredes, que en esta materia permanecerá inalterada, incluso tras las refundiciones de 1894 y 1952, hasta el dictado, en 1956, de la LJCA.

(1.167) Art. 2º de Ley, a contrario.

diccional" (1.168).

Esta configuración de la legalidad-discrecionalidad (1.169), que se aleja por completo de los fundamentos y primera formulaciones revolucionarios, no se materializará, en cambio, en la protección de la legalidad administrativa que expresan los textos penales a través del castigo del delito de prevaricación.

Con éste, efectivamente, no sólo se castiga al funcionario público que dicte "ilegales" resoluciones administrativas, sino al que dicte resoluciones administrativas "injustas" (1.170). La llamada que con este

(1.168) "Curso..." cit., T.I, pg. 274; Cfr. ob. cit., pgs. 273-274; del mismo autor, "La lucha contra las inmunidades de poder" cit., pgs. 24-25 y n. 14, pg. 25 y bibliografía citada en esta nota.

(1.169) Que, de una parte, es una expresión del "principio monárquico", tendente a prolongar determinados aspectos de la posición del monarca propia del "antiguo régimen", a través de la libertad organizativa y de funcionamiento de la Administración en el "nuevo régimen", exigiéndola de su dependencia de la Ley, y que, de otra parte, es una manifestación de la torcida interpretación de la división de los poderes que procurará apartar al Ejecutivo del control judicial y fortalecerá enormemente a aquel (Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." cit., T. I, pg. 274 y "Revolución francesa administración contemporánea" cit., pgs. 40 y ss.).

(1.170) Desde el C.p. de 1848 invariablemente hasta hoy.

término se hace al Derecho, supera la posible virtualidad de un positivismo torpe e interesado que hable en favor de "espacios libres de Ley", en los que la Administración se desenvuelva al margen de toda vinculación jurídica y de cualquier control judicial.

Si, como es elemental, lo "injusto" abarca lo "ilegal" (1.171) y algo más, éste algo más se referirá a lo que no contraviniendo la Ley (porque ésta no lo regula) es, sin embargo, contrario a Derecho, mientras que "ilegal" es lo que contradice a la Ley. Ahora bien, los términos en que se manifiesta esa contrariedad a Derecho, que implica lo "injusto", no pueden ser, puesto que nos referimos a la actividad administrativa, los mismos con que se presenta la actuación del juez que no atiende a su directa vinculación al Derecho, sino que habrá que atemperar, a través de bien jurídico, la llamada al Derecho que se hace con el término "injusta" (en el delito de prevaricación de funcionarios administrativos), a aquella versión del mismo a la que se liga la actuación administrativa: a la legalidad. Legalidad que no cabe entender, a su vez, a la manera de la teoría de la vinculación negativa; precisamente, porque a ello se opone el alcance del término "injusta" que se contiene en el tipo. Elemento que si, como se ha visto, resulta limitado por la acción sobre él del bien jurídico, actúa, por su parte, sobre éste, cooperando a su determinación (1.172).

(1.171) Aunque, como excepción, cabe admitir algo ilegal que sea "justo". A ello me referiré más adelante.

(1.172) Según INFANTINI, "el objeto jurídico, precisamente porque puede revelar toda su importancia en la determinación de la gravedad del delito y en la función de delimitación de la "fatispecie" -de la que constituye un momento

El control judicial, pues, se ha ejercido en todo momento (ó mejor, ha podido ejercerse) desde la jurisdicción penal (1.173). Un control judicial-penal que se

... esencial y caracterizante- respecto de las otras, debe determinarse atendiendo a todos los elementos del tipo descriptivo, incluidos cada modalidad de la acción, el objeto material, el evento naturalístico, las circunstancias, el requisito subjetivo y así sucesivamente. El indicado procedimiento no parece que se resuelva en una especie de círculo vicioso o de tautología, desde el momento en que la individualización del bien jurídico (o interés tutelado) se efectúa tras una primera toma de contacto de la norma ó de la "fatispecie" legal, sin que se deban interpretar rigurosa y analíticamente los singulares datos de la misma. Así determinado, el objeto jurídico se revelará como notable auxilio para el intérprete en la determinación del contenido significativo de los componentes singulares de la "fatispecie" y de esta en su totalidad" ("L'abuso..." cit., pgs. 13-14). Para estas afirmaciones V. Marcello GALLO, "Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata", en RIDP, 1949, pg. 564 ("cada uno de los elementos necesarios para la producción de una sanción concurre a la delimitación de la juridicidad, ésto es, del ámbito de tutela de cierto interés: en otros términos, concurre a la descripción del interés mismo, dado que para la ciencia del derecho un interés se hace merecedor de consideración solamente después de que ha sido modelado por una norma"; el subrayado en el original) y NEPPI MODONA, "II reato impossibile" cit., pg. 79 ("Sólo una noción de interés extraída de la entera estructura del supuesto de hecho legal, en la que se comprendan la modalidad de la acción, el objeto material, el evento naturalístico, situaciones desincriminadoras, circunstancias, etc., además del elemento subjetivo, es idónea para suministrar un criterio válido para la definición de la objetividad jurídica de cada delito y de su gravedad...").

(1.173) TRAVERSO, "Ilusión y realidad del Estado de Derecho" cit., *passim*, denuncia duramente no sólo las "dificultades y limitaciones" del con-

...

trol judicial del poder administrativo como ha señalado DIAZ ("Estado de Derecho y sociedad democrática" cit., pg. 37 n. 12), sino la propia admisibilidad del "Estado de Derecho" uno de cuyos pilares fundamentales es precisamente dicho control. Su tesis tiende a desplazar la atención dedicada a la desconfianza hacia el poder Ejecutivo, para centrarla en la idéntica desconfianza que pueden merecer el legislativo y el judicial; especialmente este último ("¿Por qué tan larga agonía por librar nos de las inmunidades del poder Ejecutivo si el Legislativo y el Judicial quedan inmunes?" Ob. cit., pg. 671). Obviamente, parte del rechazo del principio de división de poderes, en cuyo lugar ve un Poder único arteramente disimulado por la teoría del reparto ("..... el Poder que limita al Poder puede parecer el problema de la cuadratura del círculo de la ciencia del Estado, he aquí como con estas ficciones se concierta la solución al problema" -ob. cit., pg. 646-). En vez de la garantía jurídica (formal, peligrosa e insatisfactoria) que dicho control supone, propone la búsqueda de la garantía política, en cuyo lugar se cobijen futuras y mejor elaboradas garantías jurídicas (ob. cit., pgs. 671-678). No se plantea el control judicial-penal de la Administración, pero del contexto de la obra pudiera deducirse que merece iguales consideraciones. Conviene tener presente en relación a todo lo anterior, las diferentes concepciones y utilizaciones del "Estado de Derecho" (V. BARATTA, "El Estado de Derecho..." cit., pgs. 12-13) y, en especial, la diferente significación que en el mismo se ha dado al poder judicial en los modelos del área francesa, inglesa ó alemana (en éste último, especialmente, a partir del art. 20 de la Ley Fundamental de Bonn, si realmente o nó "se asiste" en nombre de la prevalencia del Derecho sobre la ley, al surgir de una especie de "Estado de jueces"; BARATTA, ob. cit. pg. 20; sobre el llamado "gobierno de los jueces" en Italia, V. Marcello CAPURSO, "I giudici della Repubblica. Giudici sogetti alla legge o giudici di fronte alla legge?", Milano, Edizioni di Comunità, 1977, pgs. 7 y ss., en especial pgs. 11-12), a este respecto, V. BARATTA, ob. cit. passim. V. la propuesta final de este autor que, pese a coincidir en último extremo con la crítica arriba recogida ("transformación de la sociedad en otra nueva en la que las relaciones citadas no se configuren en términos negativos y de límites recíprocos,

puede manifestar no sólo sobre la conducta del funcionario que dicta una resolución contraria a lo que la ley ha "reglado" por completo, sino también (1.174) cuando

... es decir, en los términos jurídicos del Estado moderno" -ob. cit. pg. 22-), de momento se acoge a la concepción "ius positivista del Derecho y del Estado", de modo que "por medio del Estado de Derecho se pretende llegar más allá del Estado de Derecho" (ob. cit., pgs. 22-23). Por lo demás, V. las críticas, de más profundos contenidos que la de TRAVERSO, al "Estado de Derecho" de Ulrick K. PREUSS, "Sul contenuto di classe della teoria tedesca dello Stato di diritto" en "L'uso alternativo del diritto" I: "Scienza giuridica e analisi marxista" cit., pgs. 15-34 y de Rudolf WIE-THÖLTER, "Gli interessi dello Stato di diritto borghese", en la misma ob. pgs. 37-45. V. una crítica de estas últimas posturas en Elias DIAZ, "El Estado democrático de Derecho y sus críticas izquierdistas" en S.RCS número 17-18, Madrid, abril de 1977, pgs. 58-59. V. también la consideración de aquellas y otras críticas marxistas al "Estado de Derecho" de José Luis CASCAJO CASTRO "La lucha por el Estado de Derecho", en el mismo n°. de S.RCS ult. cit., pgs. 164-171.

(1.174) Y aún más específicamente: V. GARCIA DE ENTE-RRIA, "Curso..." cit., T.I, pg. 288: "... los poderes públicos más extensos, no llegan a ser poderes ilimitados, en cuanto que están ordenados a un fin específico, como rezan las normas que los atribuyen, y no a cualesquiera fines, lo que les hace a la vez controlables por el principio de la proporcionalidad o adhesión (art. 40,2 LPA) y, por supuesto, por las normas penales.... lo que denota la existencia de límites", y pgs. 312-313: "Un primer vicio genérico de cualquier actuación administrativa es... la falta de potestad. Es más se trata, posiblemente, del vicio más grave, que podrá identificarse en la mayor parte de los casos (en concreto, en todos en los que dicha ausencia de potestad sea manifiesta....) con una "vía de hecho", concepto que se refiere la hipótesis de una actuación administrativa realizada al margen del Derecho, desde su simple prepotencia fáctica. La "vía de hecho"

el funcionario dicta una resolución que adolece en algunos de los elementos "reglados" de la discrecionalidad, ésto es, aquella que dicta sin estar apoderado para ello por la legalidad, o lo hace apartándose de la finalidad que ésta marca, o sobrepasando el apoderamiento que le ha conferido, ó, en fin, excediéndose de la medida de éste, es decir, actuando sin competencia (1.175); control judicial-penal que también comprende

... por suponer una sortie des pouvoirs de la Administración (LAFERRIERE), una actuación sin ninguna, ni siquiera aparente, cobertura legal, implica paralelamente una pérdida de sus importantes privilegios procesales, lo que abre la posibilidad de reaccionar frente a ella por los medios de derecho común, concretamente por los interdictos... y, eventualmente por acciones personales contra sus agentes (penales, por prevaricación -art. 358 C.p.-, o civiles, por culpa o negligencia graves -arts. 43 LRJAE y 4012 RL), desarticulando la impersonalidad con que normalmente aparece la Administración en su actuación". Los subrayados son míos.

(1.175) V. GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." cit., T.I, pg. 291; más concretamente, respecto a la competencia, pg. 287 y respecto al control del fin y desviación de poder, pgs. 302-305; para la evolución de todo ello en el Derecho Administrativo, V. pgs. 299-301; Cfr., también en general, "La lucha contra las inmunidades del poder" cit., pgs. 25-29. La doctrina penal española en esta materia es casi inexistente: FERRER se pronuncia decididamente por la posibilidad de prevaricación en caso de incompetencia (V. "Comentarios..." cit., T.IV, pg. 83); QUINTANO, de modo ambiguo (también aquí), parece inclinarse por la negativa en algunos casos, lo que implica que no siempre cierra la vía a esta posibilidad ("Curso..." cit., T. II, pg. 550: "En lo que toca a la adecuación del acto, tan importante cuando se requiere por el tipo penal las actuaciones propias del cargo, es asimismo moderna y correcta doctrina jurisprudencial la relativamente laxa y autónoma, considerándose irrelevante que los actos ejercidos no fueren exactamente los propios del funcionario, siempre que se relacio-

la conducta del funcionario que dicta una resolución "discrecional", no ya viciada en alguno de sus elementos "reglados", sino directamente contraria en su fondo a la legalidad no por contrariedad a la ley (que, por definición, no existe, salvo en lo que, necesariamente, hay de reglado en ese acto discrecional), sino a los principios generales del Derecho, que también forman parte de aquella (1.176).

... nen con el cargo y ostenten evidente semejanza o paridad con los de quien indebidamente los ejercita"); TEJERA, que, taxativamente, acepta sólo la contravención de ley ("La prevaricación" cit., pgs. 161-163 -respecto a prevaricación de jueces- y 231-para la prevaricación de funcionarios administrativos-) se inclina, sin embargo, (correctamente) por la admisión de prevaricación en casos de ausencia de potestad (ob. cit., pgs. 231-232). La incompetencia, analizada en cuanto vicio de forma, abre a numerosas reflexiones que van desde si la injusticia alude sólo al fondo (resolución dictada por órgano incompetente pero que, salvo por lo anterior, resuelve "justamente" el asunto), pasando por la dificultad de conocimiento por los Tribunales de muchos de estos casos (en la resolución de órgano incompetente, pero "justa", nada moverá al destinatario único a la acción judicial), hasta la necesidad de introducir un criterio de "ponderación de bienes", que excluyera muchos de estos supuestos (¿alude a ello QUINTANO en su opinión anteriormente reproducida?).

(1.176) V. respecto a la situación de este control en la evolución general de las técnicas de esta índole, GARCIA DE ENTERRIA, "Curso...." cit., T.I, pg. 300; en cuanto a su articulación, ob. cit., pgs. 308-311; también: "La lucha contra las inmunidades del poder" cit., pgs. 42-48.

En cuanto al control de la discrecionalidad a través de los hechos determinantes, no deja de ser, en mi opinión, una técnica general, también aplicable al ejercicio de potestades regladas, cuya relevancia actual respecto a

... las discrecionales proviene de ser uno de los últimos logros del largo acarreo histórico de los controles que sobre aquellas existían para también aplicarlos a éstas. En el sentido, pues, de ser una técnica común de control, su ubicación resulta mucho más próxima a los controles de la discrecionalidad mediante los elementos reglados de esta que al que directamente enfrenta discrecionalidad y Derecho que no es ley (principios generales, p. ej.), al que, ahora, me estoy refiriendo. (Sobre los "hechos determinantes" como control de la discrecionalidad, V. GARCIA DE ENTERRIA, "Curso ..." cit., T.I, pgs. 305-308 y "La lucha contra las inmunidades del poder" cit., pgs. 31-32). La posibilidad de "prevaricación" por alejarse la resolución de la realidad de los hechos, es obvia. Respecto a la prevaricación judicial, CUELLO CALON alude a un tema próximo: la apreciación de las pruebas por parte del juez, que, dice, desde su carácter de juicio de conciencia no puede fundamentar la afirmación de "injusticia" o a los efectos del delito ("El nuevo C.p. español...." cit., T.II, pg. 297; en el mismo sentido, PUIG PEÑA, "Derecho Penal" cit., pg. 408); RODRIGUEZ DEVESA, se refiere a la necesidad, en la determinación de la "injusticia", de "atenerse a criterios jurídico-materiales, que descansen no tanto en el razonamiento que conduce al fallo, como en la comparación de éste con la situación enjuiciada" ("Parte Especial" cit., pg. 1.000). Por esta misma vía de los "hechos determinantes" es por donde, implícitamente, introduce CALLIESS su opinión en torno al bien jurídico en los delitos contra la Administración de Justicia (que pueden servir de paralelo respecto a lo que supondría la aplicación de sus tesis al bien jurídico en los delitos contra la función pública); si bien todo se resuelve, finalmente, en la reproducción, con otros términos, de la teoría de la "protección de la confianza" patrocinada anteriormente por otros muchos autores alemanes y respecto a la que ya he manifestado mi opinión contraria. Según CALLIESS: "El sistema social de la Administración de Justicia únicamente puede cumplir su función cuando es de esperar que la interacción suceda a través de declaraciones que se corresponden con el supuesto de hecho. La reacción estatal ante el abuso de este mecanismo central de interacción ocasiona la protección de la confianza en el funcionamiento del sistema. Lo que se "asegura" es que uno

En suma, la introducción en el tipo del delito de prevaricación del elemento "injusta" en relación con una idea del objeto jurídico de este delito como la aquí patrocinada, correspondientes a un planteamiento más apegado a las originales formulaciones revolucionarias, permite que el control judicial penal de la actividad administrativa alcance a materias que le estaban negadas al contencioso-administrativo: que alcance a la discrecionalidad; bien indirectamente a través de los elementos reglados que en todo caso ha de poseer el acto discrecio

... puede esperar también en el futuro, interactuar en la Administración de Justicia, que depende de las declaraciones y de los medios de prueba, según reglas determinadas y previsibles a través de la exigencia de la verdad" ("Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat", Frankfurt am Main, Fischer Taschenbuch Verlag, 1974, pg. 50).

Por último, la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, como es sabido, no supone control de la discrecionalidad. Esta y aquellos aluden a situaciones totalmente distintas, aunque, claro está, perfilar tal diferenciación ayuda a delimitar la discrecionalidad y, en consecuencia, por el efecto contrario, indica que "allí donde estemos en presencia de un concepto jurídico indeterminado, allí cabe con perfecta normalidad una fiscalización jurisdiccional de su aplicación" (GARCÍA DE ENTERRIA, "La lucha contra las inmunidades del poder" cit., pg. 38; Cfr. esta ob. pgs. 32-42. V. "Curso..." cit., T.I, pgs. 292-299 y la importantísima aportación de Fernando SAINZ MORENO, "Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa", Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1976, en esp. Parte III: "Los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad administrativa", pgs. 191-357). Por lo demás, es evidente que "si lo propio de todo concepto jurídico indeterminado.. es que su aplicación sólo permite una única solución justa" (GARCÍA DE ENTERRIA, "Curso..." cit., T.I. pg. 294), la posibilidad de prevaricación por

nal o mediante la comprobación de adecuación a los "hechos determinantes", bien directamente por el cotejo de la discrecionalidad usada con los principios generales del Derecho. Lucidamente lo vió así FERRER (cuando todavía no había entrado en vigor la LJCA): "La Administración puede obrar en ejercicio de facultades discrecionales, y en tal supuesto si la resolución ha sido de las que ponen fin al procedimiento, por no caber contra ella recurso contencioso-administrativo, faltará aquella declaración de injusticia representada por la sentencia que habría de revocarla, siendo el Tribunal de lo Criminal el que tendría que entrar en el fondo de la cuestión administrativa para apreciar si fué resuelta en justicia o injustamente" (1.177).

... aplicación de un concepto jurídico indeterminado para llegar a una injusta resolución, está abierta. V. para una desmitificación de la alarma suscitada por la problemática de los conceptos jurídicos indeterminados, BACHOF, "Jueces y Constitución", cit., pg. 54. Un resumen (en un contexto crítico) de las 5 posibles vías de control de la discrecionalidad, en TRAVERSO, "Ilusión y realidad del Estado de Derecho" cit., pgs. 656-657.

(1.177) "Comentarios..." cit., T. IV, (1956), pg. 82.

7. El ejercicio de las potestades de la Administración como objeto jurídico de los tipos del artículo 358 C.P.

A las anteriores conclusiones se llega sin más que siguiendo la evolución de las ideas jurídico-administrativas, que llevaría al rechazo de la doctrina de la "vinculación negativa" y a la aceptación del "principio de la vinculación positiva de la Administración por la legalidad" (1.178).

A) Así concebido el "principio de legalidad de la Administración", "se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Adminis-

-
- (1.178) V. GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." cit., T.I, pgs. 275-277: "Esta aceptación, que recupera un viejo principio fundamental del orden político, del que los protagonistas de la Revolución Francesa fueron lúcidamente conscientes, es sentida por una parte del constitucionalismo actual como una verdadera conquista a proteger, insertándola para ello entre sus normas básicas"; en este sentido, señala: Constitución austriaca de 1920, art. 18: la Administración sólo puede actuar sobre el fundamento de la Ley; Ley Fundamental de Bonn, art. 20,e: El Poder Ejecutivo y los Tribunales están vinculados a la Ley y al Derecho; en España, Fuero de los Españoles, art. 17: "Los españoles tienen derecho a la seguridad jurídica. Todos los órganos del Estado actuarán conforme a un orden jerárquico de normas preestablecidas, que no podrán arbitrariamente ser interpretadas ni alteradas", "conformidad a las normas" -dice GARCIA DE ENTERRIA- y no libertad básica con el sólo límite externo de las mismas" (ob. cit., pg. 276).

tración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente" (1.179).

La idea de "potestad" es central en esta materia y permite acceder, y fundamentar paralelamente a su reflejo jurídico-administrativo, a las conclusiones antes mantenidas respecto al alcance del art.358 C.p. Al mismo tiempo, representa un tercer escalón en la concreción del bien jurídico de que aquí se trata, tras la idea de servicio de la Administración a la comunidad y el encauzamiento del mismo en el "bloque de legalidad" (1.180).

B) Así es, en efecto, como se verá seguidamente al considerar alguno de los caracteres salientes que presenta la potestad.

1°. En el camino investigador hasta aquí seguido se ha tratado de determinar la configuración más profunda de la actividad administrativa. Por una parte, al

(1.179) GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." cit., T.I, pg. 277.

(1.180) V. el alcance que a esta expresión de Maurice HAURIOU dan, respectivamente, GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." cit., T.I, pg. 271 y RODRIGUEZ PANIAGUA, "Ley y Derecho" cit., pg. 77

hilo de este proceso se ha fijado el dato fundamental de la necesidad inexcusable de que aquellas se ajuste a la legalidad. Por otra parte, según se acaba de ver, la legalidad define y atribuye potestades a la Administración. Pues bien, "la acción administrativa es el ejercicio de tales potestades, ejercicio que creará, modificará, extinguirá, protegerá, ejercitará, relaciones jurídicas concretas", de manera que puede afirmarse que "la dinamicidad inacabable de la vida administrativa tiene su causa en este mecanismo técnico" (1.181).

De esta manera, la protección de la actividad administrativa que expresa la previsión normativa del delito de prevaricación del art. 358 del C.p., se manifiesta y concreta en una protección del ejercicio de las potestades que la legalidad define y atribuye a la Administración.

2° a) Es a través de la potestad concretamente como se manifiesta el llamado en la teoría política "poder público", el cual, sea sociológica y estructuralmente lo que sea, se convierte jurídicamente en un haz de potestades singulares atribuidas a la Administración por el ordenamiento" (1.182). Ahora bien, "es igualmente normal que del ejercicio de las potestades administrativas surjan situaciones beneficiosas para los particulares" que gravámenes para éstos, "pero en cualquier caso ha de notarse que aún las potestades gravosas se construyen técnicamente de forma que inevitablemente son actuables

(1.181) GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." cit., T.I, pg. 282.

(1.182) GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." cit., T.I, pg. 281.

con ocasión de su ejercicio derechos subjetivos de los particulares" (1.183). En consecuencia, la norma prevista en el art. 358 del C.p. también expresa una protección de los derechos subjetivos de los ciudadanos nacidos con ocasión del ejercicio de las potestades administrativas

Aunque no limita a ello su alcance.

En la relación Administración-administrado, éste no siempre se encuentra en una situación pasiva respecto aquella, es también "titular de situaciones jurídicas activas frente a la Administración" (1.184). La expresión típica de estas últimas situaciones son los de rechos subjetivos, de que son titulares los ciudadanos (administrados). La distinción fundamental, ó, por lo

(1.183) GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." cit., T.I, pg. 281; el subrayado es mío. Continúa diciendo: "Ello es una consecuencia directa de que tales potestades enuncian facultades estrictamente limitadas y condicionadas y no absolutas ó ilimitadas. Desde ahora hemos de advertir que, por más que expresen con normalidad situaciones de poder público, las potestades administrativas ni son, ni pueden lógicamente ser, ilimitadas, incondicionadas y absolutas, sino estrictamente tasadas en su extensión y en su contenido, y que sobre esta situación se articula una correlativa situación jurídico-activa, de los ciudadanos. Este es un principio capital en la concepción actual del Estado de Derecho" (ob. cit., pgs. 282-282).

(1.184) GARCIA DE ENTERRIA, "Sobre los derechos públicos subjetivos" cit., pg. 427; Cfr. Jesús GONZALEZ PEREZ, "El Administrado", Publicaciones Abella, Madrid, 1966, passim.

menos, la que aquí fundamentalmente interesa, que puede hacerse entre los derechos subjetivos que el administrado ostenta frente a la Administración, es la que separa los derechos subjetivos "típicos o activos" (1.185) de los "reaccionales o impugnatorios" (1.186).

(1.185) V. GARCIA DE ENTERRIA, "Sobre los derechos públicos subjetivos", cit., pg. 428 y 444, en esta última los resume así: son aquellos de que es titular el administrado "cuando ostenta pretensiones activas frente a la Administración para la consecución de prestaciones patrimoniales, o de respeto de titularidades jurídico-reales, o de vinculación a actos procedentes de la propia Administración, ó de respeto a una esfera de libertad formalmente definida".

(1.186) El propio GARCIA DE ENTERRIA, resume así su concepto: los ostenta el administrado "cuando ha sido perturbado en su esfera vital de intereses por una actuación administrativa ilegal, supuesto en el cual el ordenamiento, en servicio del más profundo sentido de la legalidad en el Estado de Derecho como garantía de la libertad, le apodera con un derecho subjetivo dirigido a la eliminación de esa actuación ilegal y al restablecimiento de la integridad de sus intereses", son estos los que permiten "que los particulares (todos ellos, y no sólo el estamento de los "poseedores") fiscalicen la totalidad de la legalidad administrativa, y no sólo la franja minúscula que entra en juego en la vida jurídico-administrativa a propósito del tráfico de los derechos subjetivos activos de corte tradicional; es en los procesos mentados en garantía de los mismos donde puede invocarse "cualquier infracción del ordenamiento jurídico" (arts. 115 LPA y 83,2 LJCA) y no sólo el desconocimiento de titularidades jurídicas del recurrente. A partir de ellos, pues se produce el básico efecto de anudar y relacionar la legalidad de la Administración en su conjunto con la libertad de los ciudadanos y de hacer justiciable en su plenitud toda la actuación administrativa. Esta es su enorme trascendencia" ("Sobre los derechos subjetivos públicos" cit., pg. 445; subrayado y entrecomillado en el original).

b) De ambas clases de derechos subjetivos la que aquí importa más considerar es la segunda (1.187).

Tales derechos subjetivos no se hallan "en la violación abstracta de la norma (no hay, en este sentido, un derecho a la legalidad....), sino en la acción que se otorga para eliminar el acto que, habiendo violado la norma, causa un perjuicio personal al ciudadano, y es evidente que esa acción se otorga en interés del ciudadano, que en tal sentido, y sólo en el mismo, la ejerce" (1.188). Con ello se está rechazando la construcción de esos derechos en torno a la "idea de un recurso "objetivo" o en puro interés de la legalidad", pues "los recurrentes defienden lo que vividamente entienden ser sus derechos.... y no la legalidad abstracta"; la defensa de ésta, en cambio, se expresa "cuando se trata del ejercicio de acciones populares" (1.189).

Ahora bien, es que ocurre que el delito de prevaricación del art. 358 del C.P. (delito perseguible de oficio), se presenta con posibilidad de ejercicio de tales acciones populares. Ciertamente, en la mayor parte

-
- (1.187) Según se desprende de su concepto, mayor alcance y trascendencia del control judicial de la legalidad a que corresponden; sobre lo último V. GARCIA DE ENTERRIA, "Sobre los derechos públicos subjetivos" cit., pg. 430.
- (1.188) GARCIA DE ENTERRIA, "Sobre los derechos públicos subjetivos" cit., pg. 438; Cfr. pgs. 442-444.
- (1.189) GARCIA DE ENTERRIA, "Sobre los derechos públicos subjetivos" cit., pg. 436.

de los casos (y no hay más que repasar la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el mencionado delito, para comprobarlo) la persecución del mismo surgirá como consecuencia de la acción ejercitada por quien ha sido perjudicado, por la injusta resolución administrativa, en su esfera de intereses (1.190), pero esta mera constatación estadística no descarta, ni mucho menos, las posibilidades de acción del resto de los ciudadanos en postura cuasi fiscal, ni, como es obvio, la del propio Ministerio Público directamente. Ello denota que en el delito de prevaricación del art. 358 del C.p., se conjugan con fortuna dos perspectivas dentro del ámbito de su objeto de protección: otorga la citada norma el máximo de protección que puede ofrecer el ordenamiento (la protección penal) a los derechos subjetivos nacidos del perjuicio ocasionado por el injusto comportamiento administrativo en el "circulo vital" de determinado (s) ciudadano (s), pero, sobrepasando este alcance, la tipificación de la prevaricación administrativa concede amparo al derecho a la legalidad que ostenta todo ciudadano. Así pues, la prevaricación administrativa no sólo se presenta "como una defensa frente a un perjuicio que le causa el acto de la Administración" a un concreto ciudadano, sino también como protección de "un abstracto in-

(1.190) Sobre aquello a lo que ha de referirse el "perjuicio" en los derechos subjetivos, V. GARCIA DE ENTERRIA, "Sobre los derechos públicos subjetivos" cit., pg. 441, apartado "1º".

terés por la legalidad" que ostenta la sociedad toda (1.191).

c) Es por lo anterior por lo que cabe afirmar que prevaricación puede haber no sólo cuando de la injusta resolución administrativa se derive un perjuicio para alguien, sino también cuando la misma produzca una injusta ventaja o beneficio, y ello no en función de un principio de "agravio comparativo", sino porque el deber que la Administración tiene de respetar la legalidad expresa la idea "de la situación del ciudadano en la sociedad y en el Estado que puso en marcha la Revolución francesa" (1.192), en los términos que ya antes he recogido.

3°. Conforme antes se ha visto, el principio de legalidad de la Administración se expresa mediante la atribución de potestades a la Administración, de manera que la actividad administrativa se presenta siempre como ejercicio de estas potestades previamente definidas, delimitadas y conferidas por la legalidad (1.193). Luego si la Administración, el funcionario público, actúa sin esa precedente atribución, puede dar lugar al más claro supuesto de prevaricación (1.194).

-
- (1.191) Para una crítica (que, en mi opinión, en relación al delito en estudio debe atenuarse considerablemente), de la referencia en Derecho penal a la "sociedad en su conjunto", V. PASUKANIS, "Teoría general del Derecho y marxismo" cit., pg. 149. Lo entrecomillado del texto es de GARCIA DE ENTERRIA, "Sobre los derechos públicos subjetivos" cit., pg. 437.
- (1.192) GARCIA DE ENTERRIA, "Sobre los derechos públicos subjetivos" cit., pg. 439.
- (1.193) Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." cit., T. I, pg. 277.
- (1.194) Además de la pg. citada en la n. anterior V. también, del mismo autor y ob., pgs. 284-288, en las que trata de las formas de atribución y sus límites, y 312-313.

4°. Las potestades administrativas son potestades-función, más en concreto, "las potestades administrativas deben ejercitarse en función del interés público, que no es el interés propio del aparato administrativo, sino en el interés de la comunidad de la cual la Administración es.... una mera organización servicial". Esto comporta dos consecuencias:

En sentido negativo, "las potestades administrativas no pueden ejercitarse sino en servicio de ese interés comunitario". Lo que introduce la posibilidad de control por el fin y, en relación a la prevaricación, la posibilidad de este delito por la injusticia que encierra el dictado de una resolución que supone esta desviación de la potestad del fin para el que está preordenada.

En sentido positivo, "la Administración está obligada al ejercicio de sus potestades cuando ese interés comunitario lo exija, obligación que marca incluso las potestades discrecionales más amplias". Lo que plantea la versión contraria del supuesto recogido en el apartado 3°, es decir, cuando, existiendo atribución de potestad, la Administración incurre en "la omisión del ejercicio de la potestad cuando el interés colectivo lo exige"; lo que "constituye una irregularidad en el funcionamiento de la Administración que puede determinar tanto una condena a ese ejercicio (en vía contencioso-administrativa) como, eventualmente, una responsabilidad patrimonial de la Administración cuando de tal omisión se hayan derivado daños a particulares (art. 40 LRJAE)" (1.195). Supuesto que, claramente, no cabe en el tipo

(1.195) GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." cit., T.I, pg. 282; en la misma pg. todo lo anteriormente entrecomillado en el presente apartado.

del delito de prevaricación del art. 358 del C.p. y que habla, una vez más, de la necesidad, si se quiere que la protección penal del servicio que la Administración presta a la comunidad sea completa, de crear un tipo omisivo de prevaricación administrativa, del estilo de la "omissione o rifiuto di atti di ufficio" del art. 328 del C.p. italiano, ó un tipo de este delito lo suficientemente amplio como para que pueda incriminarse esta modalidad, al estilo del § 336 del C.p. alemán, que castiga el "torcimiento del Derecho" en un asunto jurídico verificado no sólo a través de la "decisión" en dicho asunto, sino también en la "conducción" del mismo.

5°. Por último, a través de la distinción, y particular caracterización, de las potestades en "regladas" y "discrecionales" es precisamente como se introduce toda la temática, anteriormente aludida, referente a las posibilidades de prevaricación que ofrece el ejercicio de ambas (1.196). Habría, pues, que traer aquí en torno al concepto de potestad, aquellas conclusiones. Pero, la repetición resulta innecesaria. Creo, en cambio, oportuno matizar alguno de esos puntos.

a) Así, en relación al control por el fin y la técnica de desviación de poder, se afirma que para que dicha desviación se produzca "no es necesario que el fin perseguido sea un fin privado, un interés particular del agente o autoridad administrativa (así, por ejemplo, una

(1.196) Sobre esta distinción y caracterización, sobre las distintas técnicas de control de la discrecionalidad y sobre la diferenciación de ésta respecto a los conceptos jurídicos determinados, V. GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." cit., T.I, pgs. 289-311.

finalidad persecutoria o de venganza: Sentencia de 4 de febrero de 1959), sino que basta que dicho fin, aunque público, sea distinto del previsto y fijado por la norma que atribuya la potestad" (1.197). Alguna doctrina penal, por su parte, ha señalado que para la existencia de prevaricación es irrelevante el fin perseguido por el funcionario al dictar la injusta resolución (1.198).

Ciertamente, el art. 358 del C.p. debe distinguirse de tipos que, como el art. 324 del C.p. italiano ("Interesse privato in atti di ufficio"), se construyen a torno al interés particular introducido por el funcionario en el acto de función que desempeña. Más, ello no puede llevar a la conclusión general de la absoluta irrelevancia del fin perseguido por el funcionario con su conducta que resulta expresado por su resolución. Puede ser precisamente en función de la divergencia entre el fin (público o privado) perseguido por el funcionario y el fin "previsto y fijado por la norma", por lo que dicha conducta pueda calificarse de prevaricadora.

(1.197) GARCIA DE ENTERRIA, "Curso...." cit., T.I, pg. 302.

(1.198) En general, refiriéndose a la prevaricación judicial, pero en términos que resultan de aplicación a la administrativa: V., PACHECO, "C.P. concordado y comentado" cit., pg. 402; VIADA, "C.P. reformado de 1870..." cit., 4a. ed., pg. 533; CUELLO, "El nuevo C.P. español..." cit., T.II, pg. 297; PUIG, "Derecho Penal", cit. pg. 406. Unicamente resaltan el móvil de lucro, bien para apreciar por su concurrencia la agravante de precio (VIADA), bien cohecho (CUELLO Y PUIG).

En realidad, la cuestión que plantea el tipo en estudio cuando se le conecta con la desviación de poder, es la de la compatibilidad o no de determinados fines perseguidos por el funcionario al dictar la resolución con el fin público que, conforme a la legalidad, tiene que pretender. Si el fin particular, cualquiera que sea, resulta compatible con el fin público, en ausencia de cualquier otro hecho que permitiera afirmar la injusticia de la resolución, la conducta no será típica. Pero en caso contrario, nos hallaremos ante una injusticia por desviación de poder que afectará el bien jurídico "correcto ejercicio de la potestad" ("legalidad", "servicio administrativo a la comunidad"), que permite afirmar (concurriendo los demás elementos típicos) la existencia del delito de prevaricación (1.199).

-
- (1.199) La claridad de este supuesto resulta especialmente importante si se tiene en cuenta que a través de él, una vez más, se pone de manifiesto el alejamiento y profunda diferencia que, expresan las tesis aquí mantenidas sobre el bien jurídico en la prevaricación y, en general, en los "delitos de funcionarios", respecto de la mayoría de las sustentadas por la doctrina española y extranjera. En este sentido, es realmente significativa la siguiente opinión de GARCIA DE ENTERRIA: "El vicio de desviación de poder es un vicio de estricta legalidad. Lo que se controla a través de esta técnica es el cumplimiento del fin concreto que señala la norma habilitante y ese control se realiza mediante criterios jurídicos estrictos y no mediante reglas morales (lo recuerda oportunamente el Preámbulo de la LJCA). Lo que está en juego, por tanto, es la legalidad administrativa y no la moralidad del funcionario o de la propia Administración. Por eso, precisamente, es por lo que la desviación de poder no se reduce a los supuestos en que el fin realmente perseguido es un fin privado del agente, sino que se extiende, como ya se ha dicho, a todos los casos en que, abstracción hecha de la con

Es una cuestión a solventar caso por caso; si bien existen fines que están ya en un plano general declarados por ley incompatibles con cualquier fin público (así, por ejemplo, el fin de aprovechamiento en los términos de los tipos del delito de cohecho) y que obligan a definir un área distinta de antijuricidad (por ejemplo, la "integridad en la gestión administrativa" para el cohecho).

b) Por último, queda por reseñar las amplias posibilidades que ofrece el control por los principios generales del Derecho (1.200), que van desde los de buena fé, proporcionalidad, igualdad, etc, hasta incluso permitir "la descalificación de cualquier tipo de decisio-

... ducta del agente, es posible constatar la existencia de una divergencia entre los fines realmente perseguidos y lo que, según la norma aplicable, debieran orientar la decisión administrativa" ("Curso..." cit., T.I., pg. 303; los subrayados son míos). A esta misma línea de pensamiento (que tan bien conecta con la idea de servicio de la Administración a la comunidad que machaconamente ha venido resaltando) ha sido igualmente sensible la jurisprudencia contencioso-administrativa, sobre desviación de poder. Así, p. ej., la STS de 7-X-1971, indica que tal desviación existe cuando falta "el obligado ligamen entre la idea de poder y la de fin de servicio", por lo que "el acto de la Administración, aún cuando tenga apariencia legal, deja de satisfacer la objetividad jurídica que motivó el nacimiento de la norma positiva".

(1.200) Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, "La lucha contra las inmunidades del poder" cit., pg. 46-48.

nes si sus resultados son manifiestamente inicuos" ó faltos de equidad (1.201).

En relación con los principios generales es como puede adquirir relevancia en esta materia el precedente administrativo, pues, como acertadamente se ha señalado, el precedente si bien no tiene valor normativo estricto, "puede tener un cierto valor vinculante para la propia Administración, en el sentido de que apartarse de él en un caso concreto puede ser índice de un trato discriminatorio, de una falta de buena fé, de una actitud arbitraria", que puede reconducirse en ocasiones a la infracción de los principios generales de igualdad o buena fé (1.202).

-
- (1.201) V. GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." cit., pgs. 310-311; V. un estudio de alguno de estos principios en VILLAR, "Introducción..." cit., pgs. 537-557. Desde el punto de vista que marca la consideración de los mismos, es más que dudosa la STS de 14-V-1888 (prevaricación).
- (1.202) V. GARCIA DE ENTERRIA, "Curso...." cit., T. I., pg. 62; sobre la atribución de valor jurídico positivo (no normativo) al precedente, V. VILLAR, "Introducción..." cit., pgs. 526-529, donde indica que dicha atribución se funda en 4 razones: 1a.) "La seguridad jurídica y la confianza de tráfico jurídico", que se quebrantarían "si la Administración siguiera un criterio distinto en un supuesto idéntico" (pg. 527); 2a.) "El principio de igualdad", es decir, que "el no seguir el precedente, el quebrantamiento del precedente implicaría tanto como que se atribuyese un derecho determinado a una persona, y a otra distinta, en idénticas circunstancias, pudiera negársele tal derecho" (pgs. 527-528); 3a.) "El principio de la discrecionalidad y de la autonomía de la Administración", con lo que quiere expresarse que "en aquellas parcelas del Derecho Administrativo en que existe discrecionalidad, autonomía a favor de la Admi-

8. Consideraciones finales.

Fácilmente se advierte que las ideas expresadas sobre el bien jurídico en el delito de prevaricación del art. 358 del C.p., aluden a una materia que se encuentra en el terreno no bien definido en que lindan el ilícito penal y el administrativo. Y la frontera entre ambos no está exclusivamente marcada por la concurrencia de los elementos subjetivos contenidos en los tipos de la norma en estudio.

A) Conviene alejarse de una concepción formalista de dicho bien jurídico, que pueda implicar que cualquier infracción del mismo, por nimia y carente de trascendencia que sea, apareje, desde el punto de vista de la antijuricidad inmediateamente, responsabilidad penal.

Semejante idea expresa un sometimiento al mito y una deshumanización que difícilmente podrá corregirse mediante dichos elementos subjetivos.

... nistración, debe existir también la posibilidad de que la Administración se autovincule mediante el precedente" (pg. 528); y 4a.) "El control de la discrecionalidad", con lo que se indica que el precedente puede usarse para controlar la actuación de la Administración en aquellos campos en que actúa con discrecionalidad, sobre la base del argumento de que si una o varias veces actuó de una manera (marcó un precedente) y ahora de actúa de otra, en una de las dos ocasiones ha errado o ha abusado de su discrecionalidad (pg. 529).

Nuevamente se harían buenas las palabras de BETTIOL respecto a que "cuando en el delito no se quiera ver otra cosa que la contradicción entre una conducta individual y un imperativo jurídico, independientemente de la lesión de un bien de la vida, se viene a acentuar el lado formal del derecho y a caer inevitablemente en un vano y vacuo formalismo abstractista que ningún sofisma será capaz jamás de justificar" (1.203).

B) Resulta aquí especialmente preciso tener en cuenta el límite del "ius puniendi" estatal que supone el conferir carácter fragmentario al Derecho penal, es decir, atender al hecho de que esta rama del ordenamiento "no sanciona todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos" (1.204). Percibir materialmente que el Derecho penal no está "destinado a la realización de la justicia", sino que, como advierte MIR, conforme a

(1.203) Y sigue diciendo: "el bien jurídico de por sí mismo representa una superación de una concepción formal de la antijuridicidad, en cuanto que constituye una llamada a los intereses y valores de la vida social, en cuanto que también de frente a las conclusiones afirmativas de un proceso puramente lógico-formal lleva a la negación del delito cuando una lesión efectiva o potencial del bien protegido no ha tenido lugar....." ("Bene giuridico....." cit., pg. 322).

(1.204) MIR, "Introducción..." cit., pg. 126.

"una concepción preventiva del Derecho Penal.... el límite del Ius puniendi debe ser la absoluta necesidad de defensa de la Sociedad" (1.205).

Es por ello por lo que también aquí, como en la legítima defensa, aunque en un plano mucho más general, debe darse entrada al principio de la "ponderación de bienes": (1.206) hay también en los supuestos que aludo

(1.205) "Introducción..." cit., pg. 127.

(1.206) Cfr. CORDOBA; "Comentarios..." cit., T.I. pgs. 245-246. Cuando me refiero a la ponderación de bienes en la legítima defensa, no aludo a la concepción según la cual dicha ponderación se toma como fundamento de la legítima defensa (teoría del "interés preponderante" o de la "colisión de intereses"; así, p. ej. DIAZ PALOS, "La legítima defensa (Estudio técnico-jurídico)", Barcelona, Bosch, 1971, pgs. 27-28 y MAGALDI, "La legítima defensa en la Jurisprudencia Española. Análisis de los apartados 4º, 5º y 6º del art. 8º del Código penal", Barcelona, Bosch, 1976, pg. 79; V., también, pgs. 85 y 90, en torno a si la "ponderación de bienes" opera sobre el 1º ó el 2º requisito de la legítima defensa). Esta postura entiendo que debe rechazarse (en este sentido, LUZON PEÑA, "Aspectos esenciales de la legítima defensa", Barcelona, Bosch, 1978, pgs. 85-90, con amplia indicación de doctrina de uno y otro signo). Me refiero a la ponderación de bienes en el sentido de que si se afirma (como derivación o "aplicación" del principio de necesidad que rige -o debe regir- en todo el Derecho penal, conforme a su "naturaleza subsidiaria") que en la legítima defensa "el medio defensivo se rige por la regla de la necesidad estricta" (D. LUZON, ob. cit., pg. 84), cuando se trata de determinar cual es el medio necesario se recurre a una ponderación de bienes ó, si se quiere, a una ponderación de las lesiones de los bienes jurídicos (así se detecta en el planteamiento que hace el propio D. LUZON de las posibilidades que tiene el particular agredido: "llamar en su ayuda a unos agentes

...

de policía cercanos que podrán repeler la agresión, pero causando lesiones de cierta entidad al agresor; o actuar él mismo con la peculiaridad de que por una circunstancia especial, puede impedir satisfactoriamente la agresión con un procedimiento mucho menos lesivo que el de la policía, o incluso nada lesivo. En tal caso, su actuación representa el medio necesario de defensa... hacer actuar a esta (a la policía) sería un medio in necesario" -ob. cit., pg. 84; los subrayados son míos-). Esta ponderación que determina la necesidad del medio defensivo, opera inicialmente sobre los bienes, o las lesiones, que pueden resultar afectados por la acción de defensa, pero, en último término, puede llevar también a confrontar los bienes afectados, o las lesiones de ellos, respectivamente por la agresión ilegítima y la acción de defensa, en el sentido de conducir a la averiguación de si ésta última es efectivamente necesaria o, por el contrario, decidir que no sólo es innecesaria la acción más lesiva respecto a la que implica una menor lesión, sino incluso si ésta última es igualmente innecesaria, como camino para la determinación del elemento subjetivo objetivable del estado de defensa y, en definitiva, para fijar la concurrencia de éste último. En otros términos, en la desproporción, que puede aparecer como resultado de esta última ponderación, entre la lesión ocasionada por la agresión ilegítima y la producida por la acción de defensa, puede encontrar su límite el fundamento (consistente en la protección del bien jurídico particular y del orden jurídico: D. LUZON, ob. cit., pg. 79) de la legítima defensa, aunque ciertamente no lo sustituye (en este sentido es en el que creo que se pronuncian, p. ej., ROXIN, "Política Criminal y Sistema del Derecho Penal" cit., pg. 58 y RODRIGUEZ MOURULLO, "Legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo", Madrid, Civitas, 1976, pgs. 63-66; por lo que no me parece exacto encuadrar a este último autor -como hace D. LUZON, ob. cit., pg. 86 nn. 305 y 308 y pg. 87 nn. 310 y 311- entre aquellos que mantienen como fundamento de la legítima defensa la colisión o ponderación de intereses o el interés preponderante: expresamente lo indica así el propio RODRIGUEZ MOURULLO, ob. cit., pgs. 63 -"subrayando que el fundamento de la legítima defensa radica en esa doble necesidad de de-

una confrontación entre el Derecho (penal) y lo injusto (penal), que no en todas las ocasiones implica que ante la presencia del segundo tenga que reaccionar el primero. Esto, que en la norma del art. 356 del C.p. parece que es lo que ha llevado al legislador a excluir del tipo del segundo párrafo las resoluciones injustas (ésto es, no "manifiestamente injustas") que el funcionario dicta, por negligencia ó ignorancia inexcusable así como las manifiestamente injustas dictadas por ignorancia excusable (no "inexcusable), debe informar también la apreciación de los injustos tipificados.

Que ante la injusta resolución de, por ejemplo, un guardia urbano, aún dolosamente dictada, consecuencia de la cual es un pequeño atasco y un leve retraso en la marcha de los automovilistas inmersos en él, reaccione el Derecho penal y, en consecuencia, dicho funcionario responda por un delito, no parece, sin más, admisible: El Derecho (en general) tiene otros medios para que "los intereses sociales que se estima necesario proteger puedan.... recibir suficiente tutela poniendo en funcionamiento mecanismos distintos a los medios propios del Derecho Penal, menos lesivos para el ciudadano

... fensa... no se desplaza de este marco la vigencia del principio del interés preponderante"-, 65-66 -"si bien es cierto que la legítima defensa tiene su fundamento en la necesidad de defensa de los bienes concretamente atacados y de la prevalencia del Derecho, en cuenta sus límites en el criterio de la ponderación de bienes"- y 66 en relación a n. 79 de esta pg. -es afortunada la afirmación de la S.T.S. de 14-VII-1971 "de que la legítima defensa está gobernada' por el principio del interés preponderante. En cambio, la sentencia de 11 de marzo de 1972 considera a la legítima defensa como causa de justificación 'fundada en el principio del interés preponderante"; el subrayado en el original; el

(en este caso el ciudadano-funcionario) y con frecuencia mucho más eficaces para la protección de la Sociedad" (1.207), conforme al carácter secundario o subsidiario del Derecho penal; en general, acudir en ese caso al Derecho disciplinario parece suficiente y, aún, más adecuado.

C) Ahora bien, para que el anterior razonamiento pueda aceptarse no sólo en el plano de la especulación teórica, sino también como vía de solución de algunos de los problemas que se presentan en la práctica, es preciso que tales otros medios de que dispone el Derecho no sólo existan sobre el papel de las leyes, sino que se apliquen efectivamente. Si, por ejemplo, el derecho disciplinario administrativo de funcionarios o las responsabilidades políticas, ni se aplica ni se exigen, el ciudadano tenderá (y con razón) a acudir a la jurisdicción penal (naturalmente siempre que, a su vez, confíe en ella) como sustitutivo de aquellos medios. Con ello se desvirtúa la característica de última ratio del Derecho penal. Y, desde luego, que una estructura social que tiene buena parte de su posibilidad de funcionamiento basada, en primera instancia, en el Derecho penal, no es, ni con mucho, la más deseable; por el con

... defecto, o posible contradicción si no se acepta la interpretación de su opinión que propongo, de este último autor consiste en no señalar la vinculación de la "ponderación de bienes" con el estado de defensa).

(1.207) MIR, "Introducción..." cit., pg. 125. V., ROXIN, sentido y límites de la pena estatal" cit., pgs. 21-22. V. ampliación de nota VI.

trario, esa situación denuncia claramente su crisis. También aquí se podrá hablar, en el sentido que apunto, de una "huída al derecho penal" (1.208).

D) Resulta, pues, necesario introducir el aludido principio de "ponderación de bienes", en cuyo fondo se agita la idea de la exigibilidad, en el sentido de que es exigible al ciudadano, en ciertas ocasiones, soportar algunas alteraciones en el servicio que la Administración le presta, a través de sus funcionarios, ocasionadas por las injustas resoluciones que éstos puedan dictar, antes que acudir al Derecho penal como reacción frente a las mismas.

A la postre, en todo caso, la idea de exigibilidad, utilizada en esa perspectiva, servirá como información al juez "de manera que podría hacer lo que al legislador le resulta imposible, es decir, trazar las fronteras para el caso concreto, no determinables en general, mediante el examen de todas las circunstancias individuales y reconsiderando las representaciones jurí

(1.208) V., ROXIN, "Franz von Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo" cit., pg. 45; Cfr. MIR, "Introducción...." cit., pg. 128. Buena muestra de lo que digo son algunas de las opiniones, unánimemente aceptadas, relevantes a este particular, de los juristas italianos reunidos por el ISLE para versar sobre el tema "Delito di peculato e illecito amministrativo" (Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1967): V. ampliación de n. VI.

dicas y valorativas reconocidas como dominantes" (1.209).

9. Conclusiones generales del apartado VII.

Primera. La referencia al deber del cargo se muestra insuficiente y, tomada con exclusividad, inservible, para colmar la antijuridicidad del delito de prevaricación del art. 358 C.p. Es imprescindible la determinación de un bien jurídico.

Segunda. El camino a seguir para realizar esta determinación, comienza con la proyección sobre esta figura delictiva de las conclusiones más generales y fundamentales que se extrae del anterior estudio sobre el conjunto de los delitos "de funcionarios". De esta proyección se desprende:

A) Que, como punto de partida, el delito de prevaricación del art. 358 C.p., está orientado hacia la protección de la función pública.

B) Que con ello se implica una cierta separación, aunque aún no autonomía, respecto a los delitos previstos para la protección del Estado.

C) Que la función pública hacia cuya genérica protección parece dirigirse la norma que prevé este delito, no puede tomarse como concepto vago y omnicomprensivo

(1.209) Heinrich HENKEL, "Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip", en "Festschrift für Edmund Mezger, München und Berlin, C. H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, 1954, pg. 262; Cfr. CORDOBA, "Comentarios..." cit., T.I, pg. 246. El alcance de las concepciones del autor alemán sobre "exigibilidad" lo ha señalado SAINZ CANTERO, "El desenvolvimiento histórico del principio de

de todas las actividades realizadas por y para el Estado, porque con ello no se progresaría en la vía autonómica que, con anterioridad, comenzaba a perfilarse, se volvería a la situación de origen, se imposibilitaría la singularización de las distintas actividades legislativa, judicial y administrativa y de las acciones delictivas que, respectivamente, se orientan contra una u otra y se haría bascular la antijuridicidad del delito sobre un concepto indeterminado que admite la sólo concreción de deberes de fidelidad del funcionario hacia el Estado, inaceptables dentro de un derecho civilizado como contenido exclusivo de la antijuridicidad de los delitos.

D) Que, por el contrario, la función pública, exclusivamente tomada en la averiguación del objeto de protección como punto de arranque, se ve substituída por la más concreta referencia a cada una de las actividades mencionadas; a esta primera concreción, le sigue la de fijar cual de esas actividades es la singularmente afectada y, más concretamente aún, en que cualidad de las distintas que deben acompañar su ejercicio por los sujetos individuales que las desempeñan. Esta cualidad será

... no exigibilidad, Separata del ADPCP, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1960, pgs. 451-453, en donde dice que para HENKEL, entre otras funciones, "el principio de no exigibilidad debe ser configurado como cláusula general regulativa, y así concebido no es preciso que encuentre expreso reconocimiento en una fórmula legal que cree una norma, siendo un medio indispensable para el juez como elemento orientador en la hora de sus decisiones, y merece aplicación especialmente interesante allí donde, por tener los tipos penales contornos imprecisos, necesitan corrección o complemento" (pag. 453; el subrayado es mío); V. también SAINZ CANTERO, "La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en

el inmediato y determinado objeto de protección de la norma considerada. Para su fijación es preciso operar con los datos constitucionales, en la medida en que distingan e individualicen, a través de estas de cualidades, cada una de las actividades legislativas, judicial y administrativa, teniendo siempre presente para esta interpretación constitucional, o como sustitutivo de ella, caso de omisión o de falta de concreción de tales datos, la orientación no hacia el Estado, sino hacia la sociedad, de las actividades citadas.

Tercera. El anterior no es el proceso seguido por la doctrina española dominante en la determinación del bien jurídico protegido por la norma del art. 358 C.p., ni, por tanto, sus resultados coinciden con los que se obtienen aplicando aquel. Esta doctrina, por lo demás muy escasa tanto en el número de autores como en la dedicación que éstos prestan a la cuestión, en general está fuertemente viciada de los defectos antes señalados: vaguedad, reñida con la necesaria determinación del bien jurídico, estatalismo y firma adscripción a la teoría de los deberes.

Cuarta. En la doctrina alemana sobre el bien jurídico en el § 336 StGB, que presenta evidentes posibilidades comparativas, resalta, al margen de otras consideraciones, la no caracterización diferenciada de las actividades judicial y administrativa y la orientación de la norma hacia la primera de ellas, con la consiguiente conformación del bien jurídico de acuerdo con la mis

... Derecho Penal", Universidad de Granada, 1965, pgs. 62-64, en donde rechaza la, en su opinión, amplia función que HENKEL otorga a la exigibilidad (pg. 64 i.f.).

ma, olvidando, o confundiendo, que cuando el "torcimiento del Derecho" se deriva del ejercicio de la actividad administrativa, al interés afectado pueda, y deba, distinguirse del que se ataca al ejercer la actividad judicial.

Quinta. Procediendo según lo señalado en la conclusión Segunda, se obtiene:

A) Que el art. 358 C.p. se orienta hacia la actividad administrativa.

B) Que lo que fundamentalmente distingue a ésta respecto a la judicial, es la directa vinculación de la última al Derecho, frente a la configuración de la Administración como servidora social.

C) Que, paralelamente a la consideración por la mejor doctrina alemana del objeto de protección de la "Rechtsbeugung" judicial, puede afirmarse que la norma que prevé la prevaricación administrativa protege el más importante de los caracteres que reúne la actividad administrativa.

D) Que este carácter se concreta, precisamente, en su condición de servidora social. Se esta manera, el servicio que la Administración preste a la sociedad se configura como el bien jurídico de la norma del art. 358 C.p., en su consideración más general.

E) Que para la concreción de este bien jurídico, debe determinarse la cualidad más esencial que ha de acompañar su ejercicio. Esta es la legalidad. En consecuencia, la previsión del delito de prevaricación protege la legalidad en el desempeño del servicio a la sociedad que la Administración presta a través de sus funcionarios.

F) Que la consideración de que la Administración puede dictar reglamentos autónomos, no afecta a la anterior conclusión, sino que muestra a la legalidad como referida no sólo a la ley o a los reglamentos que la

ejecutan, sino al ordenamiento entero.

G) Que la vinculación de la Administración al ordenamiento no coincide con la de los Jueces al Derecho, no porque ordenamiento y Derecho sean cosas diferentes, sino porque es distinta la forma de vinculación a ellos de una y otros: rechazado el inicial paralelismo entre acto administrativo y sentencia, se comprueba que lo que se persigue con la actividad administrativa es la realización de los diversos fines públicos en el marco de la legalidad.

H) Que, a través de la protección de esta legalidad en la actividad administrativa, en todo momento se ha podido controlar desde el ámbito penal, dado el elemento "injusta" del tipo de prevaricación, no sólo el ejercicio de esa actividad conforme a los "reglado", sino también algo que estaba negado al control contencioso-administrativo: la actuación administrativa, manifestada en resoluciones, cuando la Administración poseía discrecionalidad.

I) Que si con la norma del art. 358 C.p. se protege la legalidad, y esta se expresa en la atribución de potestades a la Administración, la prevaricación aparece como una protección-control del ejercicio de tales potestades. El correcto ejercicio de la potestad se presenta como bien jurídico de la norma del art. 358 C.p. El primer supuesto de prevaricación consistirá en la actuación administrativa, mediante el dictado de resolución, sin la existencia de una potestad previa; los demás supuestos, desde esta perspectiva, consisten en el mal uso de la potestad manifestado a través de las injustas resoluciones que pueden dictar los funcionarios administrativos.

J) Que si del ejercicio de las potestades nacen derechos subjetivos de los ciudadanos, la norma del art. 358 C.p. también expresa la protección de tales derechos.

K) Que en relación a los llamados "derechos subjetivos impugnatorios", la prevaricación aparece no sólo como una protección del interés del particular poseedor de un derecho de ese tipo nacido de un acto a él dirigido que viola la norma, sino también, dada la caracterización de delito público que tiene la prevaricación, como defensa de la legalidad en sentido abstracto. Prevaricación puede existir, en consecuencia, tanto cuando la injusta resolución administrativa se deriva un perjuicio, como cuando produzca una injusta ventaja o beneficio.

L) Que si las potestades administrativas se legitiman en función del interés público, es evidente que su ejercicio apartándose de tal fin engendra posibilidades de prevaricación por desviación de poder. En sentido contrario, hay que concluir que el no ejercicio de la potestad cuando el fin exija su puesta en práctica, debería engendrar la misma posibilidad: para ello es necesario construir un tipo omisivo de prevaricación administrativa o un tipo de delito de prevaricación que, al modo de la "Rechtsbeugung" alemana, incluya no sólo la prevaricación por decisión de un asunto, sino por la "conducción" del mismo.

LL) Que dada la anterior posibilidad de prevaricación por desviación de poder, hay que concluir que, frente a lo afirmado por alguna doctrina, el fin no es irrelevante en dicho delito, aunque, ciertamente, no de la manera en que considera en el art. 324 del C.p. italiano.

M) Que no pueden descartarse, dada la referencia a la legalidad, las posibilidades de prevaricación por contradicción a los principios generales del Derecho o, incluso, al precedente en ciertos casos.

Sexta. La protección que la norma del art. 358 C.p. dispensa al servicio que la Administración presta a la sociedad, a la legalidad en la actividad administrada

tiva, al correcto ejercicio de las potestades, no puede entenderse del modo formalístico al que, quizá, se preste dicho bien jurídico en algunas ocasiones, especialmente habida cuenta de la proximidad y fluída relación en que está el Derecho disciplinario de funcionarios respecto a este delito. Resulta aquí singularmente preciso tener en todo momento presentes los caracteres de fragmentario y subsidiario que posee el Derecho penal, el principio de ponderación de bienes y la exigibilidad de que, en ocasiones, se soporta una alteración en el servicio administrativo sin por ello hacer reaccionar al Derecho penal. Sin embargo, la virtualidad de todo ello dependerá en buena medida del correcto funcionamiento de los demás medios de que dispone el Derecho para corregir esas situaciones, especialmente por lo que concierne a la materia a que la prevaricación se refiere, de la correcta exigencia de las responsabilidades políticas y disciplinarias.

2-8799

8.10.1

OCT

CAPITULO TERCERO

LOS ELEMENTOS TIPICOS "INJUSTA" Y "MANIFIESTAMENTE INJUSTA",

"A SABIENDAS" Y "NEGLIGENCIA O IGNORANCIA INEXCUSABLE", DEL

ART. 358 C.P.

C A P I T U L O T E R C E R O

LOS ELEMENTOS TIPICOS "INJUSTA" Y "MANIFIESTAMENTE INJUSTA",

"A SABIENDAS" Y "NEGLIGENCIA O IGNORANCIA INEXCUSABLE",

DEL ART. 358 C.P.

SUMARIO DEL CAPITULO TERCERO.

I. PROBLEMÁTICA. DOCTRINA ESPAÑOLA.

1. Problemática.

- A) El Elemento "injusta" y el bien jurídico.
- B) Las teorías subjetiva, objetiva, intermedia y mixta, en relación al art. 358 C.p.
- C) La contravención del derecho supralegal.
- D) Dimensión de la "injusticia".

2. Doctrina española.

- A) La determinación del elemento "injusta". Tesis de - JASO. Crítica.
- B) Otros problemas en torno a este elemento planteados por la doctrina.
 - a) La relevancia o no de los móviles y fines.
 - b) la dimensión del elemento "injusta". Exigencia de que sea "manifiesta" en los dos párrs. del art. 358. Crítica.
- C) Criterio objetivo o subjetivo de determinación de la "injusticia". Tesis de FERRER.

II. RESOLUCION OBJETIVA O SUBJETIVAMENTE INJUSTA.OTRAS TEORIAS.

1. Teoria subjetiva. Enunciado.
2. La "convinción" del funcionario y la objetiva corrección o incorrección de su resolución.
3. Las teorías objetiva y subjetiva y la cuestión del bien jurídico.
4. Los elementos subjetivos en la opción teoría objetiva-teoria subjetiva. El error.
5. La teoria intermedia: tesis de RUDOLPHI.
6. La teoria mixta. Critica desde la teoria objetiva.

III. EL ART. 358 C.P.: "RESOLUCION INJUSTA" y "MANIFIESTAMENTE INJUSTA". "A SABIENDAS" Y "NEGLIGENCIA O IGNORANCIA INEXCUSABLE".

1. Aplicabilidad de la problemática expuesta al art. 358 C.p.
2. La imposibilidad de la teoria subjetiva y de la teoria mixta.
3. La compatibilidad de la teoria objetiva con la "injusticia" por desviación de poder.
4. La cuestión de las "leyes multivocas" y la "discrecionalidad".
5. La "resolución manifiestamente injusta" del párrafo 2° del art. 358 C.p.
 - A) La opinión doctrinal.
 - B) El contenido del término "manifiestamente". La referencia al profesional deber objetivo de cuidado y de conocimiento.

C) La función del término "manifiestamente": la menor extensión de las prevaricaciones culposas respecto a las dolosas.

6. La "negligencia o ignorancia inexcusable" del párr. 2º del art. 358 C.p.

A) La "negligencia o ignorancia inexcusable" como imprudencia temeraria. Doctrina.

B) Otros criterios.

a) La tendencia de rechazo a la incriminación de prevaricaciones culposas. Su real tipificación parcial: interpretación del término "inexcusable".

b) La interpretación de CORDOBA del término "inexcusable" en relación a la "negligencia". Opinión de RODRIGUEZ MOURULLO.

c) La "negligencia o ignorancia inexcusable" según el art. 262 L.O.P.J. Crítica.

d) La aplicabilidad del art. 565. Crítica. La errata en el termino "inexcusable".

7. El "a sabiendas" del párr. 1º del art. 358 C.p.

A) Doctrina dominante.

B) Algunos precedentes históricos.

C) El alcance sobre los elementos del tipo del conocimiento exigido con la expresión "a sabiendas". La cuestión de la culpa consciente y el dolo eventual.

a) Doctrina dominante: "a sabiendas" igual a dolo directo.

- b) Punto de vista histórico: exclusión de todas las formas de culpa.
- c) El alcance del conocimiento del "a sabiendas": "resolución", "asunto administrativo" e "injusticia" de la resolución. Error.
- d) El error y el "convencimiento".
- e) La "certeza" del conocimiento. Tesis de SUAREZ MONTES. La función del elemento "a sabiendas": el rechazo de todo lo culposo y la aceptación de todo lo doloso.
- f) La inclusión del dolo eventual y la exclusión de la culpa consciente. Consecuencias de un posible rechazo del dolo eventual.
- g) Las cautelas a que obliga la admisión del dolo eventual. Limitación de su alcance.

8. La segunda forma de entender el "manifiestamente" injusta del 2º párr. del art. 358.

IV. CONTENIDO Y ALCANCE DE LA INJUSTICIA. EL PROBLEMA DE LA CONTRAVENCION DEL DERECHO SUPRALEGAL. EL ELEMENTO TIPICO "INJUSTA" Y EL BIEN JURIDICO.

- 1. Contenido y alcance.
- 2. Resoluciones anticonstitucionales.
- 3. "Resolución injusta" y obsolescencia de la ley. Resoluciones contrarias al derecho supralegal.
 - A) Obsolescencia de la ley y "resolución injusta".
 - B) Las resoluciones contrarias al derecho supralegal.
- 4. El elemento típico "injusta" y el bien jurídico.

V. CONCLUSIONES GENERALES DEL CAPITULO TERCERO.

El presente capítulo está destinado, *prima facie*, a tratar de fijar el contenido y alcance de los elementos típicos "injusta", al que se refiere el art. 358 del C.p. en sus dos párrafos, y "manifiestamente", con el que se cualifica a la injusticia de la resolución en el párrafo segundo de la citada norma. Sin embargo, la profunda imbricación que con los mismos presentan los, igualmente típicos, elementos subjetivos "a sabiendas" del párrafo primero y "negligencia o ignorancia inexcusable" del párrafo segundo, produce el que crea preferible examinarlos conjuntamente a los anteriores, en beneficio de la unidad de la norma y en perjuicio de una división, quizás, más "racionalista", que llevara a la separación en capítulos distintos, pero que ofrece el peligro de una excesiva asepsia poco demostrativa de la "medula" del delito.

I. PROBLEMÁTICA. DOCTRINA ESPAÑOLA.

1. Problemática.

Al estudiar el bien jurídico se han adelantado algunos de los problemas que ahora corresponde resolver desarrolladamente.

- A) Ese hecho, es ya indicativo de la estrecha conexión que existe entre el bien jurídico y el elemento en análisis ("injusta"). No por ello, sin embargo, puede afirmarse la confusión de ambos. Uno de los más importantes objetivos de este capítulo es, precisamente, distinguirlos y aclarar el juego de interrelaciones que presentan.
- B) Intimamente ligado a lo anterior, pero también vinculado a otros elementos típicos (los subjetivos), se plantea la cuestión, ya aludida, de las teorías objetiva, subjetiva e intermedia y mixta

que, desde la doctrina alemana, se construyen respecto a la interpretación del "torcimiento del Derecho" del § 336 StGB y que, en buena medida, pueden reproducirse y deben analizarse en relación a la "injusticia" de la resolución prevaricadora que se exige en el C.p.español.

- C) El que para la existencia del delito de prevaricación del art. 358 C.p. sea necesario que la resolución dictada sea "injusta", o "manifiestamente injusta", denota, como ya se ha dicho, algo más, aunque también lo abarca, que la resolución "ilegal". La llamada que con ello se hace a una desafección de la resolución no solo a las leyes, sino también a algo superior a las mismas (la "justicia"), introduce una doble cuestión, ampliamente debatida en la doctrina alemana: si existe prevaricación en la acción de dictar una resolución conforme al derecho positivo pero contraria al suprallegal y viceversa (1.210).

(1.210) Problemática que, fácilmente se advierte, se presenta con toda intensidad en el "neoiusnaturalismo" alemán de la postguerra, al reflexionar sobre la validez de las leyes nacional-socialistas y las resoluciones y sentencias de los funcionarios y jueces - del nazismo.

D) Por último, resulta perfectamente acogible la siguiente afirmación: "las mismas leyes admiten que el funcionario haga uso equivocado de estas facultades de apreciación dictando resoluciones contrarias a derecho. La admisión de recursos contra las resoluciones, lo mismo de funcionarios administrativos que judiciales, es la demostración más terminante de ello; la prueba de que el ordenamiento jurídico tolera la posibilidad de que los funcionarios dicten resoluciones antijurídicas, contrarias a derecho, sin incurrir por ello en responsabilidad criminal" (1.211). Ello sugiere la cuestión de las dimensiones que debe poseer la "injusticia" de que la resolución está afectada, para que pueda hablarse de prevaricación.

Como inmediatamente se comprende, la respuesta al primero de los problemas anotados, viene dada por las soluciones que se ofrezcan de los restantes.

2. Doctrina española.

¿En qué medida la doctrina española específicamente referida al delito en estudio, se ha hecho eco de ellos o ha sugerido otros distintos?

(1.211) RODRIGUEZ DEVESA, "Parte General" cit., pg. 468, al hablar de la posibilidad de "mandatos antijurídicos obligatorios" en relación a la obediencia debida; el subrayado en el original. En el mismo sentido, respecto al mismo tema pero ahora en relación al delito de desobediencia de los arts. 369 y 370, V. "Parte Especial" cit., pg. 1019.

Nuevamente hay que incidir, al contestar a esta pregunta, en la tantas veces repetida escasez de opinión doctrinal. El aspecto del delito de prevaricación que ahora analizo no es una excepción a ese respecto.

No obstante ello, pueden recogerse algunas opiniones de cierto interés:

- A) La importancia del elemento "injusta" en el contexto del art. 358, la destaca certeramente JASO al entender que, en relación a este delito, "el problema más difícil será el de determinar cuándo estas resoluciones pueden ser estimadas como injustas". La dificultad apuntada deriva, según este autor, del hecho de que la averiguación de la injusticia de la resolución "supone entrar en el resbaladizo terreno de la interpretación, lo cual comprende el doble problema de la concreción de las fuentes jurídicas y el de la determinación de su sentido". "Si respecto al primero -continúa diciendo- la legislación suministra bases firmes que permiten deslindar la resolución conforme a derecho de aquella que lo contradice, en cambio, en orden al segundo, la variedad de las teorías y los resultados diversos a que conducen los diferentes medios interpretativos, impiden en la inmensa mayoría de los casos una determinación precisa sobre la injusticia de las resoluciones" (1.212).

(1.212) "Parte Especial" cit., pg. 195.

Ciertas son, en mi opinión, las anteriores consideraciones por lo que a la determinación del sentido de las fuentes se refiere. No me parece, en cambio, tan clara la ausencia de problemas a la hora de fijar el modelo de justicia (las fuentes del derecho) frente al que definir la injusticia de la resolución. Si, como correctamente destaca RODRIGUEZ DEVESA siguiendo a Nicolai HARTMANN, se puede afirmar que "es más fácil aprehender la injusticia que la justicia" y es cierto, como el propio autor continúa diciendo, que " el carácter realista del derecho penal no puede desconocer que bajo la capa de una farsaica legalidad se puede ocultar la "suma iniuria" de que hablaban los romanos" (1.213), es porque no hay una seguridad absoluta respecto a cual es el objeto de contraste que define la justicia o la injusticia de una resolución dictada para un caso concreto. Dicho de otra forma, ¿ es sólo la ley (en sentido material) la que, en función de si la resolución es conforme o no con ella, determina la existencia o no de esa injusticia? ¿ puede, diferentemente, además de por lo anterior, hablarse de "resolución injusta" cuando la disconformidad de esta resolución sea no con la ley, sino con la costumbre o con los principios generales del Derecho?(1.214)

(1.213) "Parte Especial" cit., pag. 1000.

(1.214) CEREZO, refiriéndose al derecho de resistencia a la actuación administrativa, afirma que "la conducta del funcionario puede ser conforme a los preceptos del Derecho positivo y ser no obstante injusta, es decir, violar un principio material de justicia. El estudio de los casos y condiciones en que sea lícita entonces la resistencia excede de los límites de este trabajo, de índole

Si la legislación, como afirma JASO, diera bases tan sólidas a este particular, habrían de calificarse de superfluas (y a mi no me parece que lo sean) las extensas apreciaciones de TEJERA en torno a si resulta posible admitir una resolución iniusta más allá de la resolución ilegal. Lo que para el autor ultimamente citado debe responderse negativamente (1.215).

(1.214) dogmática. Es preciso señalar, no obstante, que la resistencia será lícita, en general, cuando se trate de una infracción grave del principio material de justicia del reconocimiento del hombre como persona autónoma, como ser responsable. Este reconocimiento es presupuesto necesario de la obligatoriedad del Derecho. Este principio material de justicia es aceptado hoy por los filósofos del Derecho de las más diversas direcciones" ("Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia" cit., pg. 339, n. 76; el subrayado es mio). La cuestión, a los efectos del objeto del presente estudio, es si esa injusticia es la que conforma las exigencias típicas del artículo 358 C.p. y, en consecuencia, abre la posibilidad de hablar de delito de prevaricación. En mi opinión, es claro que no toda injusticia deducible de los conceptos reproducidos es suficiente para afirmar tal posibilidad, por la misma razón (al margen de la necesaria concurrencia de los elementos típicos subjetivos) de que un derecho de resistencia a las actuaciones administrativas (resolutorias) no solo nace ante aquellas de entre las mismas calificables de delito.

(1.215) "La prevaricación..." cit., pgs. 154, 161-163 y 184, respecto a la prevaricación judicial y 231-232 en cuanto a la administrativa.

De igual modo, no se entendería el pensamiento de FERRER cuando indica que " en esta modalidad de prevaricación que nos ocupa, surgen verdaderas dificultades al tratar de concretar el criterio a base del cual ha de ser determinado, en cada caso, cuando la resolución sea injusta" . (1.216) .

El problema queda, sin embargo, irresuelto en la doctrina española, pues ningún autor, en lo que se me alcanza (1.217), aporta solución al mismo.

- B) Son otros los cauces por los que ha discurrido esta doctrina, cuando se ha planteado la cuestión de la "injusticia" de la resolución en el delito de prevaricación.

(1.216) "Comentarios..." T. IV cit., pg. 82.

(1.217) Con la mencionada excepción de TEJERA, quien decididamente se pronuncia, según queda dicho, porque "injusticia" sea igual a quebrantamiento de la ley (sustantiva o procesal). Con expresión demasiado somera para extraer de ella una conclusión general, dice CUELLO CALON respecto a la prevaricación judicial: es necesario "que la sentencia sea injusta, es decir no ajustada a las leyes" ("El nuevo Código Penal español...", cit., pg. 297).

a) Así, varios son los autores que, en relación a ella (en el concreto marco de este delito), señalan la indiferencia de los móviles y fines que hayan llevado al funcionario público a dictar la injusta resolución para que ésta pueda estimarse tal: PACHECHO (1.218), VIADA (1.219), CUELLO CALON (1.220) y PUIG PEÑA (1.221). Sobre la irrelevancia o no de los fines ya me he pronunciado con anterioridad y volveré sobre ello.

b) Más en consonancia con las cuestiones planteadas al principio de este capítulo, un grupo de autores se ha referido a las dimensiones que debe presentar la injusticia para que salga del margen "consentido" y ocasione responsabilidad penal a título de prevaricación. Por esta vía, llegan a la interesante conclusión de que resulta igualmente necesario en ambos párrafos del art. 358 que la injusticia sea "manifiesta" (interpretando este término en el sentido de "notoria") para que pueda hablarse de delito.

(1.218) "Código Penal concordado y comentado" cit., T.II pg. 402.

(1.219) "Código penal reformado de 1.870" cit., T-II pg.533.

(1.220) "El nuevo Código penal español..." cit., T-II pag. 298.

(1.221) "Derecho Penal. Parte Especial" T.III cit., pg.406 En alguna ocasión el T.S. se ha pronunciado sobre los móviles; así, la S.T.S. de 19-II-1886 (prevaricación administrativa) y en la de 9-III-1910 (prevaricación judicial) en las que los toma como elemento del que deducir la actuación "a sabiendas" del sujeto, y en la de 16-V-1910 (Prevaricación judicial), donde los considera "elemento esencial" del delito.

En este sentido, dice FERRER que "no toda re vo ca ci ón por resolución superior habrá de es ti ma rse suficiente para dar lugar a la res - ponsabilidad de este artículo. Y como quiera que a base del elemento intencional sería prácticamente imposible en la mayoría de los casos diferenciar la injusticia punible del mero error en la resolución, nos encontramos con que, a pesar de que el párrafo primero no requiere la notoriedad de la injusticia, únicamente serán punibles aquellos casos en los que la resolución del funcionario sea manifiestamente injusta. Y si es así, repeti mos que tiene escaso interés el hecho de que se haya cometido dolosa o culposamente, pues to que la penalidad en ambos supuestos es la misma" (1.222). Igual opinión, aunque menos fundamentada, expresan al referirse a la pre varicación judicial, QUINTANO (1.223) y PUIG PEÑA (1.224).

(1.222) "Comentarios..." T. IV cit., pgs. 82 i. f.-83.

(1.223) "Curso..." T.II cit., pg. 571: "Figura como elemen to objetivo básico en todos los tipos de ejecución activa el de la injusticia de la resolución (sen tencia o auto, según los casos). Elemento que la Jurisprudencia, con muy buen acuerdo, ha entendi do en un sentido estricto de absoluta notoriedad en la injusticia, y no de apreciaciones discuti bles en Derecho, ni aún las erróneas de buena fe, susceptibles de corregirse en los recursos oportu nos y aún en las correcciones disciplinarias per tinentes. De otro modo, toda revocación de decisio nes en apelación o casación llevaría consigo, al estimarse injusta o no ajustada a Derecho la de instancia, su incriminación a título de prevarica ción".

(1.224) "Derecho Penal. Parte Especial" T.III cit., pg. 408: "¿Qué se entiende por sentencia injusta? La sentencia es injusta cuando no puede explicarse

Frente a lo anterior entiendo que nada hay en la ley que permita afirmar la necesidad de que la injusticia de la resolución del párrafo primero del art. 358 sea "manifiesta", aunque, ciertamente y como queda dicho, al tipificarse en este lugar la "resolución injusta" al mismo tiempo se contempla también, con más razón, la "manifiestamente injusta", pues esta última no es sino una forma de la resolución injusta ; dicho de otra forma, así como con la formula del párrafo segundo (" resolución manifiestamente injusta") se excluyen de su ámbito las resoluciones simplemente injustas, con la del párrafo primero no se puede verificar el inverso proceso de exclusión y, en consecuencia, dentro de ella caben las resoluciones manifiestamente injustas además de las no manifiestamente injustas. Correcto es, en mi opinión, afirmar que la "injusticia" del párrafo primero no acoge al simple error, de interpretación o de aplicación; más ello no porque uno y otro concepto se excluyan, ya que mediante un error también puede cometerse una injusticia, sino porque presupuesto de todo error es la ausencia (vencible o invencible) de conocimiento y es así que un elemento imprescindible para que pueda darse el tipo del párrafo primero del art. 358 es que el funcionario público "a sabiendas" dicte la resolu -

(1.224) mediante una interpretación razonable (25-I-11); es decir, no basta cualquier error de interpretación o de aplicación de la ley...., sino que ha de tratarse de una injusticia manifiesta".

ción injusta, con el que se exige el conocimiento de dicha injusticia ausente en el error. Consecuentemente, el error del funcionario público al dictar la resolución está excluido de dicho párrafo primero, pero no porque no pueda conducir a la injusticia de ésta, pues el hecho de que sea o no injusta es independiente de que a ello se llegara por medio de un error (el error no es la injusticia, sino un posible medio de llegar a ella), sino por ser incompatible con el elemento subjetivo que el tipo contiene. Incorrecto, en cambio, me parece afirmar por el solo argumento de la dificultad en la prueba del aludido elemento subjetivo ("a sabiendas"), la necesidad de admitir que la resolución dictada no basta con que sea injusta, sino que precisa ser "manifiestamente" injusta. Por un doble motivo: en primer término, porque a tenor del tipo es precisamente el citado elemento subjetivo el que permite diferenciar la injusticia punible del impune error que lleva a la injusticia en la resolución; en segundo lugar, porque el hecho de que la injusticia sea manifiesta todavía no quiere decir que se haya dictado "a sabiendas": presumir este último dato sobre la base de que la resolución es "manifiestamente" injusta, creo que es inaceptable; también en este caso es menester la concurrencia del "a sabiendas", pues lo más que indica el hecho de que la injusticia sea manifiesta es la mayor probabilidad de infracción del deber de diligencia por parte del funcionario que dictó la resolución así viciada, mientras que, por el contrario, en absoluto expresa el dolo actuar del mismo sujeto (aunque, sin duda,

resulte más factible la prueba en este supuesto que en el de simple resolución injusta no manifiesta).

- C) Es también FERRER, que, no cabe duda, es el autor español que mayor número de cuestiones sugiere en relación al delito en estudio, quien suscita, en solitario dentro de la doctrina española, el problema de si la injusticia debe entenderse de un modo objetivo o, por el contrario, también es posible sustentar una teoría subjetiva en la interpretación del término "injusta". Según este autor, al comentar el art. 351 del C.p. en términos con evidente posibilidad de traslado al 358, "la acción es tá referida a una sentencia injusta, noción ésta que puede contemplarse desde dos puntos de vista muy distintos, siendo por ello bien diferentes las conclusiones a que ha de llegarse en la interpretación, según nos situemos en uno o en otro. Es claro que aludimos a los su puestos de apreciación subjetiva u objetiva en cuanto a la determinación de ese concepto de injusticia. La sentencia puede ser injusta en si misma, estimada tal injusticia en base de un juicio sobre ella, en el que la declaración judicial se contraste con los principios norma tivos, o bien puede ser ajustada a esos princi pios, y, por lo tanto, objetivamente justa, pe ro haberse dictado por el juez en la creencia de que su sentencia no era ajustada a Derecho. Sin vacilación excluimos esta última hipótesis del marco de este delito, por las claras razo nes doctrinales que fundamentan la eliminación de toda responsabilidad penal en los denominados casos de "error al revés" (1.225).

(1.225) "Comentarios..." T. IV cit., pgs. 65-66.

Con esta última cuestión comenzaré el estudio particularizado de la problemática recogida en este apartado.

II. RESOLUCION OBJETIVA O SUBJETIVAMENTE INJUSTA. OTRAS TEORIAS.

Como en otras ocasiones ya he advertido, ha sido la doctrina alemana la que, en relación al delito del § 336 StGB, ha suscitado la cuestión que se apunta en la rúbrica (1.226).

-
- (1.226) En cierta medida, sin embargo, el objeto de discusión no es desconocido en la doctrina española, donde, por ejemplo, en relación al falso testimonio se ha planteado también la opción entre una teoría objetiva de la falsedad y una teoría subjetiva de la misma. V. al respecto Angel TORIO LOPEZ, "Introducción al falso testimonio", en R.D. Pr., n° 1, enero-marzo 1965, pgs. 54 y sgs. Con MUÑOZ CONDE se puede resumir así la postura objetiva: "La declaración ha de ser falsa.... la falsedad es un dato objetivo consistente en una contradicción entre lo declarado por el sujeto y la realidad (teoría objetiva de la falsedad). El juicio sobre la veracidad de la declaración es un juicio objetivo que debe realizarse con un criterio objetivo también: la comparación entre lo declarado y la realidad. Todo ello independientemente del error o de la ignorancia, de los conocimientos y saberes del declarante en cuestión cuya problemática afecta al tipo subjetivo" ("Parte Especial" cit., pg. 634; los subrayados en el original).

La misma problemática se da en la acusación y denuncias falsas, delito ante el que la doctrina se divide en objetivistas, como, p. ej., TORIO ("Introducción al falso testimonio" cit., pgs. 54 y sgs.) o MUÑOZ CONDE ("Parte Especial" cit., pgs. 628 y 629), y subjetivistas, como, p. ej., POLAINO ("Los elementos subjetivos del injusto en el Código Penal español", Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1972, pgs. 304-307) o MILLAN ("El delito de acusación y denuncia falsas", en IJ n° 317, abril-junio 1.973, pgs. 28-31).

(1.226)....Harto dudoso es, en mi opinión, que, como quiere MILLAN (ob. cit., pg. 29, n. 40) e implícitamente POLAINO (ob. cit., pg. 304), QUINTANO patrocine la tesis subjetiva. Este autor, efectivamente, afirma "que el delito de denuncia falsa viene a constituir un figura cualificada y especificada del de calumnia", "como este -añade-, a su vez, lo es del de injuria" ("Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal", T. I, Vol. II: "Infracciones contra la personalidad", Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 2^a ed. puesta al día por Enrique -- Gimbernát Ordeig, 1.972, pg. 1190), pero ello no significa, ni mucho menos, que mantenga la opinión de que el término "falsamente" del art. 325 C.p. sea un elemento subjetivo del injusto. Mantener tal sería tanto como afirmar que QUINTANO atribuye esta calificación al término "falsa" del art. 453 C.p., lo que, evidentemente, no hace. La vía que sigue para expresar su opinión de que el delito de calumnia posee un subjetivismo que impide la comisión culposa, no es la de señalar la presencia de un elemento subjetivo en el tipo -que, a su entender, gramaticalmente está "construido sobre un armazón objetivo": ob. cit., pg. 1268; tiene una "estructura objetiva": ob. cit., pg. 1271-, sino que la de dar un tratamiento unitario a calumnia e injuria; delito este último en el que descubre la exigencia típica de un ánimo de lesionar el honor (ob. cit. pg. 1274), que hace extensivo ("extensión del dolo final deshonorante a la calumnia": ob. cit., pg. 1271) al delito de calumnia. Es decir, pretende, con JIMENEZ DE ASUA, "una actitud unitaria, por considerar el animus inuriandi elemento propio de la injuria, y de los demás delitos contra el honor, formando parte de los elementos subjetivos de lo injusto", lo que matiza al añadir: "aunque esto último sea discutible en lo típico, precisamente en relación con la calumnia del art. 453, la identidad del animo sigue teniendo operabilidad por poderosas razones extratípicas" (ob. cit., pg. 1271; el subrayado es mío); o sea, admitir "un 'superconcepto' común a la injuria y a la calumnia, que tendría como común denominador el animus infamandi" (ob. cit., pg. 1272). Más aún, entiende que "lo falso no pugna necesariamente con lo culposo, al poderse faltar a la verdad a sabiendas, esto es, con la malicia propia del dolo, o bien por ligereza o ignorancia por parte de quien tiene un deber específico de diligencia, cautela o pericia,... no ha de ser, pues, el requisito objetivo de lo inveraz de la imputación el obstáculo impeditivo de la culpa en la calumnia" (ob. cit., pg. 1273; el subrayado es mío). Opinión esta última a partir de la cual

¿Cuáles son los argumentos empleados en ella y en qué medida pueden trasladarse a la consideración del delito del art. 358 del C.p. español?

1.- Teoría subjetiva. Enunciado.

Sucintamente, con la teoría subjetiva se quiere expresar que existe injusticia en la resolución cuando el que la dicta lo hace de manera distinta a como, según su convicción, debería hacerlo (1.227) o, dicho de otra forma, no prevarica el funcionario que resuelve de acuerdo con su convicción (1.228). De esta forma, el concepto de "Rechts-

-
- (1.226)más parece poderse afirmar que QUINTANO es partidario de la teoría objetiva en relación a la "falsedad", que es lo que aquí interesa únicamente, que no seguidor de la subjetiva, como aquellos autores pretenden.
- (1.227) Cfr. MUSIELAK, "Die Rechtsbeugung..." cit., pg. 20. Otros partidarios de esta tesis: MEVES, "Die Amtsverbrechen", Cap. XXIX del "Handbuch des Deutschen Strafrechts" herausgegeben von Dr. Fr. v. Holtzendorf cit., pg. 989; Th. R. SCHÜTZE, "Lehrbuch..." cit., pg. 530; BENDIX, "Die Rechtsbeugung..." cit. pg. 54; SARSTEDT "Fragen zur Rechtsbeugung" cit., pgs. 429 y sgs.
- (1.228) Cfr. SPENDEL, "Zur problematik der Rechtsbeugung" cit., pg. 315; autor que rechaza esta teoría.

beugung" queda decisivamente determinado por el hecho de actuar contra la propia convicción, es decir, por un elemento subjetivo, "puesto que la "convicción" se construye unicamente a partir de lo subjetivo" (1.229)

2.- La "convicción" del funcionario y la objetiva corrección o incorrección de su resolución.

Considerando el concepto suministrado por la teoría subjetiva, la cuestión que inmediatamente se plantea es la de si actuando en todo caso el sujeto en contra de su convicción, únicamente "tuerce el Derecho" (dicta una resolución injusta) cuando

-
- (1.229) MUSIELAK, "Die Rechtsbeugung..." cit., pg. 20. No puede desconocerse, y menos en la doctrina alemana donde el tratamiento conjunto de la prevaricación judicial y administrativa ha hecho dirigir la atención fundamentalmente sobre la primera, la conexión de la doctrina subjetiva del "torcimiento del derecho" con la perspectiva procesal de la búsqueda de la "verdad" por el juez. A este respecto, dice SILVA MELERO: "Cuando en relación al proceso se habla de verdad, la lógica más elemental nos lleva a prescindir de la noción que se ha calificado en el plano de la especulación pura. No se quiere con ello ni se puede tampoco rechazar la precisa contribución que la noción de verdad aporta la adecuatio entre el objeto y su representación... Pero si es cierto que el concepto de verdad intrínseca se refiere a aquella adecuatio, cuando la consideramos en el plano procesal hay que percibirla no en abstracto, sino en relación a las concretas posiciones personales; por eso quizá el diálogo en la doctrina se polariza en torno a un concepto fluctuante entre lo objetivo y lo subjetivo, siendo este último el que prevalece, pues hay que contar con la proyección del mundo externo en la intimidad de quien juzga, con la inevitable ~~de~~ deformación, que unas veces es debida a los sentidos, otras a la distinta formación cultural e incluso condicionada por

su decisión es incorrecta de acuerdo con un principio objetivo o, por el contrario, incluso cuando tal decisión es correcta según el criterio objetivo persiste la injusticia (el "torcimiento del Derecho") (1.230).

Es en el terreno de esta alternativa donde surge el principal punto de fricción entre las teorías subjetiva y objetiva, porque los argumentos que se emplean para fundamentar una u otra opción, al mismo tiempo se utilizan como crítica negativa a la que se desecha.

Así, señala RUDOLPHI que la teoría subjetiva llega a la conclusión de que hay prevaricación cuando el sujeto adopta una decisión que está de acuerdo con una norma objetiva y de unívoca interpretación, pero que es contraria a su propia convicción surgida de una interpretación incorrecta; en ello ve, precisamente, el fallo de esta teoría: en que se fija para afirmar la prevaricación en si la decisión va o no en contra de la convicción del sujeto, sin tener para nada en cuenta el resultado de la resolución dictada. (1.231)

-
- (1.229) ...los peculiares temperamentos... Se ha hablado... de múltiples clases de verdad que nos llevan a la conclusión de tener que conformarnos con una verdad subjetivizada, la llamada convicción, certeza personal, que desborda los límites de la simple verosimilitud, apariencia de verdad..." ("La verdad y el error en la decisión judicial", Separata de la RGLJ, julio-agosto de 1962, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1962, pgs. 5-6.
- (1.230) Cfr. MUSIELAK, "Die Rechtsbeugung..." cit., pg. 23.
- (1.231) "Zum Wesen der Rechtsbeugung" cit., pg. 625.

De distinta opinión es MUSIELAK, para quien, ante la alternativa planteada, aparentemente resulta clara una reflexión como la siguiente: el interés primordial es que el funcionario aplique el Derecho de una forma objetivamente correcta, si esto se alcanza importan poco las consideraciones a través de las que se ha llegado a ese resultado y, en consecuencia, no hay motivo para que el Derecho penal reaccione ante ello. Ahora bien, "con esta argumentación, a primera vista tan seductora pronto se desemboca en la gran dificultad... de establecer qué es resultado correcto en el caso concreto" (1.232); y si no es posible establecer objetivamente qué consecuencias han de ser extraídas del ordenamiento jurídico en el caso concreto, hay que concluir que a lo que está obligado el funcionario es "a aplicar el derecho conforme a su convicción", en consecuencia, el punto de vista subjetivo" debe ser decisivo" (1.233)

(1.232) En el mismo sentido, SARSTEDT, "Fragen zur Rechtsbeugung" cit. pg. 428.

(1.233) "Die Rechtsbeugung..." cit., pgs. 23-26. Parece claro que en el fondo de la teoría subjetiva se encuentra una más general postura en relación al Derecho en su conjunto, que viene a coincidir con las ideas relativistas que se expresarían en las llamadas "teorías del reconocimiento individual" (V. un resumen del pensamiento de uno de los precursores de estas últimas, WELKER, 1813, en WELZEL, "El problema de la validez del Derecho", en "Derecho injusto y Derecho nulo" cit., pgs. 78 y sgs.; para WELZEL, en última instancia los intentos de esas teorías por resolver el problema de la "legitimación", además de suponer un serio peligro para la efectividad del Derecho, se resuelven en una contradicción: la necesidad de "presuponer la aceptación de una instancia objetiva" -ob. cit., pg. 81; el subrayado en el original-).

Este mismo autor continúa argumentando de la siguiente manera: "la cuestión de lo que debe entenderse por Derecho en el caso concreto, en muchas ocasiones se contesta diferentemente... Por esta razón, la característica típica "Derecho" del § 336 del StGB debe valorarse en forma puramente subjetiva. (1.234)

A ello se repone que, si ciertamente el funcionario debe actuar de acuerdo con su convicción, esto "no significa que lo que su convicción le dice sea Derecho objetivo" (1.235); si solo se atiende a la "convicción", "sería Derecho en el sentido del § 336 lo que el juez reconocerá como tal" (1.236).

En este orden de ideas, SPENDEL intenta la reducción al absurdo a través de un caso real: se trata de una decisión judicial, del año 1942, que aplicó a un judío los parágrafos 2 y 5 de la "Ley de protección de la sangre", condenándolo a muerte por haber tenido comercio carnal con Frau S. (lo que no pudo probarse), realizando además incorrectamente

-
- (1.234) Ob. cit., pgs. 27-28. Y sigue: "Según esto el juez tuerce el Derecho cuando decide en forma diferente a como debería hacerlo según su convicción de lo que es Derecho. Si otros creen que su decisión es o no correcta, no hace al caso. Ya que el juez está obligado a actuar según su convicción del Derecho y no atender la opinión de otros cuando vaya en contra de su propia convicción... Prevaricación es, pues, la aplicación del Derecho por parte de un juez en contra de su convicción jurídica, en el curso de su actividad judicial" (ob. cit., pg. 29).
- (1.235) SEEBODE, "Das Verbrechen der Rechtsbeugung" cit., pg. 14.
- (1.236) Ernst HEINITZ, "Probleme der Rechtsbeugung", Veröffentlichung der Freien Universität Berlin, Colloquium Verlag, 1963, pg. 16

la subsunción de los hechos en los preceptos aludidos (que implicaban, como elemento del tipo, el aprovechamiento de una situación condicionada por la guerra); los jueces que tomaron esta decisión no fueron presionados (1.237). Señala el autor que, en puridad de términos, cometieron un "asesinato legal" (como autores mediatos) a través de una "Rechtsbeugung", pese a lo cual cabe plantearse la existencia de ésta (1.238). La cual, en su opinión, puede revestir tres modalidades: falseamiento del supuesto de hecho, falsa aplicación del derecho y abuso del arbitrio en la medida de la pena (1.239). En relación a la segunda de ellas, cuestiona si es "Rechtsbeugung" la aplicación de una "ley infame"; lo que se afirma por la doctrina dominante siempre que exista conciencia de que, según los principios jurídicos suprapositivos, las normas estatales se presentan como injustos legales (1.240).

(1.237) "Justizmord durch Rechtsbeugung", en NJW, 1971, pg. 537.

(1.238) Ob. cit., pgs. 537-538

(1.239) Ob. cit., pg. 538; más tarde concluirá que la primera y la tercera no son sino supuestos (variantes) de la segunda: ob. cit., pg. 540.

(1.240) Ob. cit., pg. 538

A partir de lo anterior, se manifiesta SPENDEL a fa vor de la teoría objetiva y niega la subjetiva por considerarla insostenible, ya que, conforme a ella, el juez nazi que actuase convencido de la corrección de su juicio no cumpliría el tipo, mientras que si el mismo juez, en contra de su convicción, hubiese declarado libre al acusado, habría cumplido el tipo aún cuando su decisión hubiese sido correcta. (1.241)

El objetivo del § 336 StGB, dirá más adelante, no es el de fortalecer la pureza y la lealtad al derecho de los sentimientos judiciales, sino el de evitar decisiones objetivamente falsas (1.242).

3.- Las Teorías objetiva y subjetiva y la cuestión del bien jurídico.

Por el contrario, SARSTEDT, partidario de la teoría subjetiva, entiende, en relación al problema del

(1.241) Ob. cit., pgs. 538-539. En otro trabajo de este mismo autor ("Zur problematik der Rechtsbeugung" cit., pg. 317), cita el caso del juez que "torció el derecho" nacional-socialista en beneficio de una parte, para evitarle e ir a un campo de concentración, y considera que en tal caso la antijuridicidad de la conducta viene desplazada por la presencia de un es tado de necesidad supralegal.

(1.242) Ob. cit., pg. 541. En el mismo sentido, dice SEEBODE: "El texto legal no permite considerar como único bien jurídico protegido por el § 336 la pureza del ejercicio del cargo, ya que entonces la lesión del deber del cargo debería, como tal, ser punible. Si el juez ha llegado a un resultado justo, con ello se logra el fin perseguido por el § 336 y al Estado no le importa la intención que ha guiado dicho resultado" ("Das Verbrechen der Rechtsbeugung" cit., pg. 19).

bien jurídico, que las amenazas penales solo pueden ser el medio para proteger inmediatamente la pureza del ejercicio del cargo y solo mediatamente la corrección de la decisión (1.243).

Del motivo por el cual la "Rechtsbeugung" es una acción punible hace depender BEMMAN, precisamente, la posibilidad de decidirse por una u otra de las teorías (1.244). Para este autor, como ya he reseñado antes, el bien jurídico que protege el § 336 es el dominio real (efectivo) del derecho y no la actitud funcional, que es posible que sea desacertada, de la convicción jurídica del juez. Esta opinión le lleva a aceptar la teoría objetiva y rechazar la subjetiva (1.245)

(1.243) "Fragen zur Rechtsbeugung" cit., pgs. 434-435; MUSIELAK, también subjetivista, mantiene en relación al bien jurídico, como ya se ha visto, una opinión más matizada: ciertamente piensa que común a todos los delitos de cargo (y, por tanto, también objeto jurídico de la prevaricación) es "la exactitud en el ejercicio del cargo", pero entiende que, en concreto, mediante el § 336 StGB se protege "la práctica justa, imparcial y libre de arbitrariedad; rechazando, en cambio, que pueda ser bien jurídico protegido el deber del cargo de llevar a cabo una administración de justicia sin tacha", que sólo se tiene en cuenta al estudiar la relación del juez con el Estado y es por ello objeto del derecho disciplinario, mientras que el cap. 28 StGB contiene únicamente delitos que se refieren a "lesiones del deber del funcionario en relación con terceros" ("Die Rechtsbeugung..." cit. pgs. 5-6).

(1.244) "Zum Wesen der Rechtsbeugung" cit., pg. 67

(1.245) Ob. cit., pg. 67.

Sin embargo, sigue diciendo BEMMAN, un bien jurídico como el patrocinado también permite construir sobre el la teoría subjetiva (1.246), pues, si el funcionario actúa en contra de su convicción, puede poner abstractamente en peligro dicho bien jurídico (1.247). Ahora bien, esto sólo es viable si se acepta que la "Rechtsbeugung" es un delito de peligro abstracto, lo que, en su opinión no puede sostenerse (1.248). Como el propio autor afirma en otro lugar,

-
- (1.246) OPPENHEIM, primer mentor de una concepción del bien jurídico similar a la del texto. es. sin embargo, partidario de la teoría subjetiva: V. "Die Rechtsbeugungsverbrechen..." cit., pgs. 46, 87 y sgs. y 226.
- (1.247) V., SCHREIBER, "Probleme der Rechtsbeugung" cit., pg. 197, donde mantiene que la consideración del bien jurídico no brinda una clarificación convincente a la hora de optar por una u otra teoría. Entiende que en verdad el fin del § 336, como lo formuló OPPENHEIM, es asegurar el dominio del derecho, la vigencia del ordenamiento jurídico; se trata, finalmente, de evitar las decisiones objetivamente falsas, no de la capacidad funcional del convencimiento, posiblemente desacertada por completo. Pero, como también BEMMAN dice a este respecto, ambas teorías son compatibles con dicho objeto de protección, pues, en cuanto a la teoría subjetiva, debe advertirse que la actuación contra convicción generalmente representa un peligro importante para la vigencia del derecho.
- (1.248) Especialmente -dice- si se tiene en cuenta que el tipo habla de un "torcimiento del Derecho" "en beneficio o perjuicio de una parte" y, por tanto, hasta que este resultado no se produzca no puede afirmarse que el delito esté consumado (ob. cit., pgs. 67-70). Parece apoyar con este argumento la idea de que los delitos de peligro abstracto son siempre de mera conducta, lo que no es pacífico: V. BARBERO, "Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto" cit.. pgs. 490 y sgs. y RODRIGUEZ RAMOS, "El 'resultado' en la teoría jurídica del delito" cit., pg. 57. Respecto de ese "favorecimiento" o "perjuicio"

lo que los partidarios de la teoría subjetiva hacen es, precisamente, convertir en delito de peligro lo que es un delito de lesión. (1.249).

En suma, piensa BEMMAN que la "Rechtsbeugung" únicamente puede darse cuando se produzca una lesión del dominio efectivo del derecho. Pero no toda lesión de dicho dominio es ya prevaricación: en su opinión, los objetivistas están de acuerdo en que el dolo del funcionario debe abarcar el que su acto es objetivamente incorrecto (1.250).

-
- (1.248) ...cio" de una parte, que requiere el tipo del § 336 StGB, dice MAURACH: " la expresión de la ley, aparentemente limitadora, no tiene ningún alcance. Ya que la prevaricación se puede perpetrar no solo mediante la 'decisión', sino también mediante la 'conducción' de un asunto jurídico, y, en realidad, apenas se da una disposición procesal que no tenga un efecto a favor o en contra de la situación de una parte en el proceso" ("Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil", cit., pg. 758).
- (1.249) "Wie muss der Rechtsbeugungsvorsatz beschaffen sein?" en JZ, 1973, pg. 548; donde vuelve a afirmar que para que exista "Rechtsbeugung" es imprescindible que la resolución sea objetivamente incorrecta, lo que (reconoce) no siempre es fácil de establecer.
- (1.250) Lo que discuten es solamente -sigue diciendo- el lugar que este requisito subjetivo debe ocupar: si pertenece al injusto o a la culpabilidad; cuestión que el autor únicamente plantea, sin darle solución en este trabajo ("Zum Wesen der Rechtsbeugung" cit., pg. 70).

4.- Los elementos subjetivos en la opción teoría objetiva-teoría subjetiva. El error.

En íntima relación con esto último, entiende SCHREIBER que la decisión entre una y otra teoría no puede tomarse sin referirse a sus consecuencias en la esfera del dolo del § 336 (1.251).

En este terreno, una de las acusaciones dirigida contra los paridarios de la teoría subjetiva es que, significando "Rechtsbeugung" en el lenguaje vulgar torcimiento de lo recto, de lo justo, implica algo fuera de lo meramente subjetivo: la referencia al convencimiento subjetivo del juez no es más que una confusión de los elementos del tipo objetivo con la cuestión del dolo (1.252)

Desde la perspectiva subjetivista, MUSIELAK había mantenido, contrariamente, que la decisiva función subjetiva del "convencimiento" en el delito del § 336, se deduce ya del significado vulgar de sus términos: "Torcer, dice, -de donde se deriva torcimiento- es una palabra que, en la forma aquí empleada implica una actividad final y por ello muestra una determinada posición interna de la conducta. Torcer es conducta determinada, consciente, fin y objeto. Si alguien quiere torcer el derecho, debe haber conocido el objeto de su actividad, es decir, el derecho puesto que en otro caso no puede actuar en contra de éste y torcerlo" (1.253). De ahí que, más tarde,

(1.251) "Probleme der Rechtsbeugung" cit., pg. 198

(1.252) SPENDEL, "Zur problematik der Rechtsbeugung" cit., pg. 315.

(1.253) "Die Rechtsbeugung..." cit., pg. 20; el subrayado es mío.

mantenga que la expresión "Beugung des Rechts", que emplea el § 336 StGB, es un elemento subjetivo del injusto, ".... ya que, por una parte, no puede negarse que dicha expresión pertenece necesariamente al tipo objetivo, pero, por otra, este concepto no puede determinarse sino subjetivamente, por lo que tiene que tratarse de un elemento típico subjetivo, de un elemento subjetivo del injusto" (1.254).

A este respecto, dice HEINITZ, desde una postura "mixta", subjetivo-objetiva, que "en el concepto de "torcimiento" seguramente yace un elemento final". "El juez que dicta una sentencia equivocada de buena fe, no tuerce el Derecho". Pero, continúa diciendo, "con esto no se pretende seguir un punto de vista, recientemente defendido, según el cual la prevaricación sería un delito de convicción", como con anterioridad se pretendió del falso testimonio, "pues, de esta manera, sería Derecho en el sentido del § 336 lo que el juez reconoce como tal". "Lo que se quiere decir es que según la doctrina dominante el juez debe saber que tuerce el Derecho; la creencia errónea de estar aplicando una ley válida, excluye el dolo" (1.255). Según SEEBÖBE (partidario de la teoría objetiva), "el que no se pueda castigar cuando obró seguro de estar aplicando el Derecho, es algo que se sobreentiende y que hay que considerar en el análisis de la parte subjetiva del tipo" (1.256).

(1.254) Ob. cit., pg. 36.

(1.255) "Probleme der Rechtsbeugung" cit., pgs. 16-17

(1.256) "Das Verbrechen der Rechtsbeugung..." cit., pg. 14.

En la misma línea, discurre todavía un argumento más, empleado por el autor últimamente citado: según la teoría subjetiva "sólo es pensable la prevaricación dolosa", pero sobre los términos de la ley esto no es admisible, por que si bien " el legislador ha limitado la punición a la prevaricación dolosa", "la forma culposa es posible, aunque no punible". (1.257)

Desde la presente perspectiva, la opción teoría objetiva-teoría subjetiva, se resuelve en los términos siguientes :

Para los partidarios de la teoría objetiva, el "torcimiento del Derecho" ("Beugung des Rechts") es objetivo, su existencia se comprueba, al margen de las intenciones, negligencia, conocimiento de lo que "Derecho" ó convicciones del funcionario, por el simple cotejo de la resolución dictada por este sujeto con la resolución que, con arreglo a lo que es Derecho y a los hechos de que se parte, debería haberse dictado, es decir con la "resolución correcta". Si la primera se atempera a la segunda, ya no hay que proseguir las comprobaciones: no hay delito por ausencia de "torcimiento del Derecho"; si, por el contrario, no sucede eso, existe "torcimiento", pero este dato todavía no determina cual es la responsabilidad del sujeto o si esta existe: es necesario comprobar si el funcionario conocía el Derecho y los hechos y en que consistía

(1.257) "Das Verbrechen der Rechtsbeugung..." cit., pg. 16; Cfr., p. ej., MEVES, "Die Amtsverbrechen" 1874 cit., pgs. 978 y 990; BINDING, "Lehrbuch... B.T." cit., 563; TREPPER, "Richterbestechung... und Rechtsbeugung..." cit., pg. 76; SWARZENSKI, "Fahrlässige Rechtsbeugung und fahrlässig falsche Strafverfolgung", en "Die Justiz" Bd. IV. 1928/29, pg. 341; WACKER, "Die Rechtsbeugung..." cit., pgs. 36, 60 y 67; KOHLAAS, "Die Rechtsbeug

el torcimiento de éstos ó no y, si no conocía unos u otros, aclarar si podía o no conocerlos. Se introduce en tonces la cuestión (ya interna a la teoría objetiva) en el terreno del error; si este es de tipo o de prohibición dependerá de donde sitúe cada autor, según su propia interpretación del delito, el correspondiente elemento sobre el que recae el error (1.258); por último, los efectos del error, impunidad (por ausencia del dolo y culpa o por falta de conocimiento de la antijuridicidad o por ausencia de dolo pero persistencia de culpa no estando previsto el específico tipo culposo) o menor punición -

... ung nach geltendem Recht (§ 336 StGB) und den neueren Entwürfen", Diss. Tübingen, 1934, pg. 40; VON WEBER, "Urteilsanmerkung", en NJW, 1950, pg. 273.

(1.258) Cfr. SCHREIBER, "Probleme der Rechtsbeugung" cit. pgs 198-199, con exposición de la doctrina y la jurisprudencia dominantes (el dolo del § 336 debe abarcar el elemento "Derecho", siendo improcedente el castigo en el caso de que el juez haya tenido su decisión por correcta, por darse un error de tipo; V. una exposición de la doctrina dominante en este terreno en SEEBODE, "Rechtsblindheit und bedingter Vorsatz bei der Rechtsbeugung", en JuS, 1969, pg. 204), la disidente (V. también SPENDEL, "Zur Problematik der Rechtsbeugung" cit. pgs. 318 y sgs. y MAURACH, "Zur Problematik der Rechtsbeugung durch Anwendung sowjetzonalen Rechts", en ROW, 1958, pgs. 127 y sgs, quien, a través de considerar que el § 336 contiene un tipo abierto" y que la incorrecta aplicación del derecho es una característica del deber jurídico con que aquel debe integrarse, concluye apreciando un error de prohibición, con la consecuencia, dada la "teoría de la culpabilidad" que sustenta en materia de error, de que no elimina el dolo, sino que, caso de ser error vencible, atenúa la culpabilidad; V. una crítica a estas opiniones de MAURACH, en SEEBODE, "Das Verbrechen der Rechtsbeugung" cit., pgs. 98-99) y la suya propia - que consiste en partir de que el elemento "Recht" es elemento del tipo, lo que le lleva a concluir que su equivocada estimación supone un error de tipo; si bien distingue de este supuesto aquel en

(por atenuación de la medida de la culpabilidad) depende
rán, según sea de tipo o de prohibición, de la invencibi-
lidad del mismo y de la teoría (de la culpabilidad o del
dolo y sus variantes) de que se participe.

Diferentemente, para los seguidores de la teoría sub-
jetiva, la comprobación de la existencia del elemento "torcimiento del Derecho" no puede separarse del análisis
del "convencimiento" que el funcionario tiene de lo que
es "Derecho" (1.259), porque "torcer" éste significa pro-
piamente actuar de modo contrario a aquel, independien-
te de que tal "convencimiento" coincida o no con lo
que objetivamente sea actuar conforme a Derecho o actuar
en su contra ("torciéndolo"). De esta manera, tanto pre-
varica el funcionario que, en contra de su convencimien-
to, dicta una resolución objetivamente incorrecta, como
el que, también en contra de sus internas convicciones,
dicta una resolución correcta desde un punto de vista ob-
jetivo, y ello por la fundamental razón de que los dos
últimos extremos de estas posibilidades son de imposible

... en el que el juez conoce la situación de hecho y
la norma jurídica que corresponde, pero no subsu-
me aquella bajo esta por considerar que la norma
jurídica ha sido superada; en estos casos -con -
cluye- se trata de un error de prohibición que,
en su opinión, no descarta el dolo; de forma si-
milar, HIRSCH, en una recensión al trabajo de
SEEBODE "Das Verbrechen der Rechtsbeugung" cit.,
en ZStW, 1970, pgs. 431-432, mantiene, en contra
de la opinión de este último, la existencia de e-
rror de prohibición cuando el sujeto conoce que
su decisión va en contra del derecho positivo,
pero, no obstante, la adopta, porque cree que
sirve a un derecho suprapositivo; sigue esta opi-
nión, HERDEGEN., en "Leipziger Kommentar" cit.,
pg. 37).

(1.259) "El juez prevarica -dice SARSTEDT- cuando en los
fundamentos de su sentencia introduce conclusio-
nes de las que no está internamente convencido"
("Fragen zur Rechtsbeugung" cit., pg. 430; el
subrayado es mío).

establecimiento; no puede afirmarse lo que objetivamente es o no correcto. Lo esencial es, desde un principio, la presencia de un elemento estrictamente subjetivo: el "convencimiento", en contra del cual se actúa." Convencimiento" que, incardinado en el elemento típico "Beugung des Rechts", convierte a este en un elemento subjetivo del injusto, que viene a significar actuar en contra del convencimiento que el sujeto tiene de lo que es "Derecho" en el concreto caso que se presenta a su decisión. Ahora bien, se afirma que para adquirir tal convencimiento resulta necesario un "conocimiento" de lo que es "Derecho". Este conocimiento puede ser erróneo y, en consecuencia, derivar un equivocado convencimiento; al actuar en contra de este último, puede producirse bien una actuación objetivamente correcta, bien incorrecta desde este punto de vista objetivo (depende de las características del error). Pero, en ambos casos se entiende por la teoría subjetiva que existe "torcimiento del Derecho"; razón: que el establecimiento de lo que es objetivamente correcto ó incorrecto, es casi imposible. De aquí derivan dos consecuencias:

Primera, que si se afirma la imposibilidad de conocer objetivamente si la "conducción" o "decisión" del "asunto jurídico" es correcta ó incorrecta, hay que afirmar igualmente la inviabilidad de establecer objetivamente si el "conocimiento" que el sujeto tiene de lo que es "Derecho" es erróneo o no. De esta forma, el importante papel que en la teoría objetiva desempeña este conocimiento, desaparece en la teoría subjetiva: para ésta, es irrelevante que el conocimiento sea equivocado o acertado, o, incluso no exista tal, sino mera apariencia del mismo (porque este extremo es improbable) y, por tanto, indiferente que, caso de error, este fuera superable o insuperable; lo decisivo es que el sujeto haya adquirido un "convencimiento" (igual da que sea correcto que incorrecto) en con

tra del cual actúa (1.260). Adquisición cuya existencia (a mi entender, en contra de toda lógica) parece afirmarse, en cambio, que no es de dificultosa comprobación; dificultad que tampoco parece advertirse en la determina - ción de que, efectivamente, el sujeto actuó en contra de "su" convencimiento.

Segunda, resulta evidente (y en este sentido se pronuncian, como ya se ha visto, distintos autores), que el "Derecho" que resulta "torcido", es el "Derecho" del funcionario o juez que "conduce" o "decide" el "asunto jurídico de que se trata"; lo que se contraria es el "Derecho" del que aquel sujeto está convencido". Un planteamiento como este quizás podría patrocinarse allí donde se admitiera que la fuente del Derecho son los jueces o, siquiera, prosperar más fácilmente en un "Estado de jueces" (1.261) Pero, con no ser esta, en su estricto sentido, la situa - ción constatable en Alemania, en todo caso, no sirve para

(1.260) Confirma esta opinión, SEEBODE, "Rechtsblindheit ..." cit., pg. 204. En el mismo sentido, respecto al falso testimonio y a la acusación y denuncias falsas en el derecho español, afirma MILLAN apoyándose en CARRARA y ANTOLISEI, que "la postura subjetiva... considera la falsedad como dis - conformidad entre el saber del autor y su manifestación de voluntad, con independencia de que ese conocimiento del autor se corresponda o no con una determinada realidad factica... es, por tanto, falsa la imputación cuando es disconforme con lo subjetivamente conocido por el acusador o denunciador" ("Delito de acusación y denuncia falsas" cit., pg. 29).

(1.261) Según BARATTA, en la Alemania occidental de la posguerra "se asiste... en nombre de la prevalencia del Derecho sobre la ley, al surgir de una especie de Estado de jueces. No se trata obviamente de un Estado de jueces en sentido sociológico al estilo del presupuesto por Ehrlich o Kantorowicz, sino de una acepción nueva que se adecúa a la situación del pensamiento alemán posterior al fin de la guerra y del nacional-socialismo ("El Estado de derecho..." cit., pgs. 20-21).

explicar (ni aisladamente ni, menos aun, al mismo tiempo que en relación a los jueces) la posición del funcionario administrativo respecto al Derecho. El funcionario administrativo opera siempre con un Derecho preexistente, no emanado originariamente de él; un Derecho que debe conocer y aplicar a los hechos que también ha de conocer; su "convencimiento" de lo que uno u otros son, solo interesa en la medida en que denota su "conocimiento" (acertado o equivocado) de ambos (1.262) y para decidir en los supuestos que le sitúan ante una ley que considere injusta (por contradecir "en grado insoportable" al Derecho (1.263) o por ser absoleta (1.264).

5. La teoría intermedia: tesis de RUDOLPHI

La crítica negativa a la teoría subjetiva no signifii

-
- (1.262) "La convicción del juez -dice RUDOLPHI- juega su papel a la hora de establecer si se dan o no los requisitos del dolo, pero no para la existencia objetiva de una prevaricación" ("Zum Wesen der Rechtsbsugung", cit., pg. 613).
- (1.263) La expresión es de RADBRUCH, "Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las Leyes", en "Derecho injusto y Derecho nulo" cit., pg. 14- Cfr. HENITZ. "Problemas der Rechtsbeugung" cit. pg. 9.
- (1.264) Por la prohibición de acudir a las normas que se han vuelto absoletas, se pronuncia HERDEGEN, "Leipziger Kommentar" cit., pg. 34.

ca en todos los casos optar por la objetiva (1.265).
RUDOLPHI, que rechaza, como se ha visto, la teoría subjetiva, parte para su propuesta precisamente de una crítica de la teoría objetiva. (1.266).

De la postura patrocinada por este autor, que puede convenirse en denominar "teoría intermedia", se puede en-

-
- (1.265) Aunque esta última es la dominante. Respecto a ella V., entre otros HÄLSCHNER, "Das gemeine deutsche Strafrecht" cit., pg. 1.075; BINDING, "Die Amtsverbrechen..." cit. pg. 13; del mismo, "Lehrbuch... B.T." cit. pg. 559, n. 2; KOHLER, "Über den Begriff der Rechtsbeugung", en DJ, 1904, pg. 615; TREPPER, "Richterbestechung... und Rechtsbeugung..." cit. pg. 60; STAHNKE, "Rechtsbeugung, § 336 RStGB, Diss., Würzburg, 1924, pgs. 56 y 63; HENNING, "Die Rechtsbeugung..." cit., pgs. 45 y sgs.; STRAUB, "Die Rechtsbeugung (§ 336 RStGB) nach geltendem Recht und nach den Entwürfen", Diss., Erlangen, 1930, pg. 8; HÄUPLER, "Die Rechtsbeugung nach § 336 StrGB" Diss., Erlangen, 1931, pg. 23; WACKER, "Die Rechtsbeugung..." cit., pgs. 16 y sgs. y 20 y sgs.; WACKER, "Die Rechtsbeugung..." cit., pgs. 16 y sgs. y 20 y sgs.; KOHLAAS, "Die Rechtsbeugung..." cit., pgs. 34 y sgs.; RABE, "Die Rechtsbeugung, Dogmatische Untersuchungen zu § 336 des Reichsstrafgesetzbuches", 1950, pgs. 28 y 34; ROEDER, "Exklusiver Täterbegriff und Mitwirkung am Sonderdelikten", en ZStW, Bd. 69, 1957, pg. 256; MAURACH, "Zur Problematik der Rechtsbeugung..." cit., pg. 177; KOHLRAUSCH-LANGE, "Strafgesetzbuch..." cit., pg. 682; SPENDEL, "Zur Problematik der Rechtsbeugung" cit., pgs. 315 y sgs.; del mismo, "Justizmord durch Rechtsbeugung" cit., pgs. 532 y sgs.; SEEBODE, "Das Verbrechen der Rechtsbeugung" cit., pgs. 13 y sgs. y 20 y sgs.; BEMMANN, "Zum Wesen der Rechtsbeugung" cit., pgs. 65 y sgs.; CRAMER, en "SCHÖNKE-SCHRÖDER Strafgesetzbuch Kommentar" 18 Aufl. cit., pg. 1797.
- (1.266) "Zum Wesen der Rechtsbeugung" cit., pgs. 611 y sgs.

contrar un cierto antecedente (no explicitado por RUDOLPHI) en la tesis de Hans WACKER (1.267). Para este último, en principio, desde una posición claramente objetivista, "la prevaricación consumada consiste en una decisión judicial contraria a la ley -ya sea esta procesal, ya material-. Si la decisión del juez es objetivamente correcta, resulta intrascendente el que el juez quisiera decidir en contra de la ley" (1.268). Esta opinión aparentemente clara, sin embargo no le parece tal en relación a determinados casos: aquellos en los que no se da univocidad en la utilización del Derecho, en su aplicación o interpretación (1.269). Supuestos para los que propone la siguiente solución: el sujeto "prevaricará siempre que su acción se halle motivada por sentimientos de interés o de desinterés y no por los fines del ordenamiento en general" (1.270) lo que, en su opinión, está en conformidad con la interesante idea de KANTOROWICZ de que "en estos casos el juez juzga sin ley pero no sin norma". Para el hallazgo de tales principios jurídicos libres debe atenerse a los juicios de valor dominantes en su comunidad" (1.271).

(1.267) "Die Rechtsbeugung..." cit.

(1.268) Ob. cit., pg. 16.

(1.269) "Más difícil es determinar cuando comete un juez prevaricación en el uso del poder discrecional (arbitrio) que la misma ley le concede..." (ob. cit. pg. 17)

(1.270) Ob. cit., pg. 19.

(1.271) Ob. cit., pg. 20, n.6. V., Hermann KANTOROWICZ. "Rechtswissenschaft und Soziologie" (extraído de "Verhandlungen des Ertes deutschen Soziologentages vom 19. bis 22. Oktober 1910 in Frankfurt am Main", pgs. 275 y sgs., Tübingen, Mohr, 1911), en "Rechtswissenschaft und Soziologie", Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre, Herausgegeben von Thomas Würtenberger, Karlsruhe, Verlag C.F. Müller, 1962, pgs. 126-127; el subrayado es mío.

La contribución de RUDOLPHI va a consistir, a mi entender, en desarrollar esas dos ideas apuntadas por WACKER: la insuficiencia de la teoría objetiva en sentido estricto para determinar la existencia de prevaricaciones en su puestos de "ley multívoca", debe subvenirse a través de los criterios de los estímulos ó intereses que movieron al funcionario a actuar de una determinada forma ("defendible" dada la multivocidad de la ley en el caso concreto, pero no por ello insusceptible de constituir prevaricación) y de la búsqueda de la solución más ajustada a de recho conforme a normas que no se encuentran en la ley o, según el camino preconizado por RUDOLPHI, conforme a los métodos y medios científico-jurídicos de encontrar el Derecho.

Parte el autor últimamente citado de plantearse una opción entre no dos, sino tres posibilidades: teoría objetiva, teoría subjetiva, y "teoría de los deberes". Según esta última la "Rechtsbeugung" sería una lesión del deber que obliga al juez en interés de la verdad y del en cuentro del Derecho (1.272).

Si ~~cuando~~ un sistema de eliminación, comienza RUDOLPHI por considerar la teoría objetiva.

No hay obstáculo, dice, en seguir esta teoría, en tanto la ley ofrezca una significación clara y unívoca; por el contrario, entiende que resulta problemático man tenerla cuando una ley ofrece múltiples interpretaciones po sibles, que pueden conducir a resultados diversos. Su ra

... V. también en WACKER, Ob. cit., pgs. 25-26, la similar solución que propone para la averiguación por el juez de cual es el "Derecho correcto" en los su puestos de lagunas legales.

(1.272) "Zum Wesen der Rechtsbeugung" cit., pg. 611

zonamiento es el siguiente :Es evidente que, en estos últimos casos, la afirmación de que se ha dado una prevaricación, no puede derivarse únicamente del resultado que ofrece la aplicación del derecho por parte del juez; la posibilidad de tal afirmación depende más bien, en tales supuestos, de la forma y manera en que el juez ha llegado a su decisión. Sin embargo, los partidarios de la teoría objetiva no pueden alcanzar esta conclusión y, generalmente, niegan que pueda darse prevaricación en los casos de multivocidad del derecho en tanto en cuanto la decisión del juez se mantenga en el terreno de lo "defendible".

RUDOLPHI, estima insatisfactoria esta apreciación y dice que el §336 StGB no descarta la existencia de prevaricación en los supuestos de ley multivoca, aun cuando la conclusión de la interpretación efectuada por el juez (una de las que pueden darse) sea defendible, pues entiende que es posible que el juez haya adoptado esta conclusión defendible movido por estímulos extraños a los requeridos por su función. En realidad, dice el autor, si una ley ofrece varias opciones, ello no significa en forma alguna que los resultados de las diferentes posibilidades de interpretación sean todos conformes a derecho y que el juez pueda elegir discrecionalmente entre ella.

Significa más bien que la ley no ha establecido completamente lo que es derecho y que al juez le incumbe la tarea de establecer, en el caso concreto, que es derecho, a través de los métodos y medios de la interpretación científico-jurídica de la ley. Es la ley la que es multívoca, no el Derecho. Derecho es aquí la interpretación de la ley realizada por el juez para el caso concreto, efectuada con los citados medios y métodos. La prevaricación consistirá entonces en la resolución judicial no alcanzada por tales medios.

Con su crítica a la teoría objetiva en el supuesto de ley multivoca, RUDOLPHI trata de demostrar que esta teoría

no satisface el fin que se propone : el de proteger el dominio del derecho. (1.273).

Procede inmediatamente después el autor al análisis de la teoría subjetiva.

Trás señalar los presupuestos de que parte esta teoría (que ya han sido expuestos), indica que a su través se concluye que existe prevaricación cuando el juez decide de acuerdo con una norma objetiva y unívoca pero contraria a su convicción; he aquí el fallo de esta teoría : se fija para afirmar la prevaricación en si la decisión es o no contraria a la convicción del juez, sin tener para nada en cuenta el resultado de la decisión judicial. Cierto es, dice RUDOLPHI, que el juez debe señalar lo que es derecho según su convicción; pero la teoría subjetiva desconoce el heho de que el juez, para la formación de esa convicción, no está libre de todo vínculo jurídico: tiene que llegar a obtener su convicción jurídica solamente a través de los medios y métodos de la interpretación jurídico-científica. Esto significa que, aún adoptando para declarar la existencia de una prevariciación un punto de vista subjetivo, no basta con fijarse en si la decisión va en contra de la propia convicción del juez, sino que hay que destacar si dicha convicción jurídica ha sido obtenida mediante una desviación del deber que compete al juez de interpretar el derecho objetivo con los medios y métodos de la ciencia jurídica (1.274).

La solución que brinda el autor para apreciar preva

(1.273) Para todo lo anterior, V. Ob. cit., pgs. 611-624

(1.274) Para todo lo anterior, V. Ob. cit., pgs. 624-627

ricación en el caso de ley multívoca, consiste en tener en cuenta si el juez decide guiado por consideraciones extrañas al asunto, en contra de su convicción jurídica, obtenida por la interpretación de dicha ley por los medios y métodos de la ciencia jurídica, o sin ni siquiera haberse molestado en formar dicha convicción. Esta opción la presenta en estrecha conexión con su pensamiento sobre lo que es el bien jurídico protegido por el § 336 StGB, al que en anterior ocasión me he referido : "la función del Derecho de crear un ordenamiento adecuado de la vida social". Es el juez el que tiene la tarea de realizar esta función del Derecho en cada concreta decisión. Está obligado a ayudar a que esta función se cumpla y a ordenar conforme al Derecho todos los asuntos sociales que se le presentan. Su deber consiste en que no sólo no ha de lesionar el bien jurídico protegido por el § 336, sino que ha de garantizarlo y realizarlo. Por eso su ataque a dicho bien jurídico es especialmente grave. De esta forma, el injusto de la prevaricación no se agota en la mera causación de una lesión del bien jurídico, sino que también comprende la lesión de un deber específico del juez: el de proteger el bien jurídico amparado por el § 336 y materializarlo en la realidad social; la prevaricación, pues, no es un mero delito de resultado, sino un delito de deber, que exige la lesión de un específico deber antepuesto al tipo penal (1.275).

La propuesta de RUDOLPHI, que, sin duda, ha obtenido seguidores (1.276), también ha tenido sus críticas.

(1.275) Para todo lo anterior, V. ob. cit., pgs. 627 y sgs.

(1.276) V., p. ej., en gran medida, HERDEGEN, en "Leipziger Kommentar" cit., pgs. 34-35.

Así SCHREIBER, como también en anterior ocasión he dicho, considera que este pensamiento del deber es adecuado para abarcar la hasta ahora descuidada estructura del delito de prevaricación; sin embargo, piensa que no ofrece una solución decisiva para los problemas planteados por las teorías objetiva y subjetiva, sino que únicamente los cambios de lugar, pues queda abierto el tema de cómo ha de determinarse el contenido y extensión de este deber, si según un principio objetivo, según una "lex artis" generalmente formulada, o según el convencimiento del juez sobre el mismo (1.277).

En mi opinión, esta crítica es correcta. Sin embargo, entiendo excesivo encerrar el valor del trabajo de RUDOLPHI en la afirmación de que simplemente ha trasladado de lugar el problema que ofrece la dicotomía teoría objetiva-teoría subjetiva. La propuesta, en su conjunto, es más valiosa. En primer término, señala una vía extremadamente interesante, para solventar el viejo problema (1.278) de las posibilidades de prevaricación en supuestos de "ley multívoca" ó de "discrecionalidad", que, situado por la doctrina mayoritaria en los términos de la "defendibilidad" de la opción seguida en su "decisión" por el juez ó funcionario, ofrecía unas salidas por completo insatisfactorias. En segundo término presenta un tratamiento de la "convicción" en la teoría subjetiva, desde la perspectiva de su ineludible conexión con el deber del juez o funcionario de llegar, a través de los medios y métodos científico-jurídicos, al conocimiento del "Derecho" que ha de aplicar, que entiendo fructífero a la

(1.277) "Probleme der Rechtsbeugung" cit., pgs. 196-197.

(1.278) Ya presente, p. ej., en OPPENHEIM, "Die Rechtsbeugungsverbrechen..." cit., pgs. 51 y sgs. y 74 y sgs.

hora de preguntarse como ese sujeto cumplió tal deber, con la consecuencia de situar en los términos más correctos las posibilidades de error e imprudencia, que, en cambio, aparecen negadas en aquella teoría. Por último, y quizás como aportación más destacada, subraya poderosamente la gran importancia del deber en la estructura del delito en estudio, ubicándolo, correctamente, en mi opinión, en el ámbito del injusto en íntima conexión con el bien jurídico, pero sin fundirlo o confundirlo con éste, ni, menos aún, incurrir en la desdichada desviación de presentarlo como sustitutivo del objeto de protección, desvirtuando, además, su contenido desde un enfoque estatalista, como, en cambio puede advertirse en gran parte de la doctrina alemana. La interrelación bien jurídico-deber y el contenido de éste último, según la concepción de RUDOLPHI, introduce una visión dinámica de la significación más profunda del delito, a mi entender plenamente compartible.

6. La teoría mixta. Crítica desde la teoría objetiva.

Otra opción, diferente tanto de la teoría subjetiva como de la objetiva, es la llamada "teoría mixta".

Para la teoría subjetiva pura, como queda indicado, el "Beugung des Rechts" del § 336 StGB es únicamente un elemento subjetivo del injusto. De modo distinto, la teoría mixta entiende que dicha expresión requiere una objetiva injusticia en el comportamiento del sujeto de "Rechtsbeugung" y, además, como elemento típico no escrito, la subjetiva tendencia de dicho sujeto de contradecir el derecho (1.279).

(1.279) V., NIETHAMMER, "Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrechts", cit., pg. 409; HEINITZ, "Probleme der Rechtsbeugung" cit. pg. 16; ENGISCH, "Zur Natur der Sache im Strafrecht", en "Festschrift für Eberhard Schmidt", Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1968.

La conjunción de ambos requisitos es necesaria para la existencia del "torcimiento del Derecho": no "tuerce el Derecho" ni la acción que es objetivamente contraria al derecho realizada sin aquella intención, ni la realizada con esa tendencia que es objetivamente correcta.

Inmediatamente comprende que esta dirección reunirá contra ella las críticas que los subjetivistas dirigen a los objetivistas y las que estos hacen a la teoría de aquellos. Más arriba he señalado la fundamental diferencia con la teoría subjetiva. Desde la objetiva señala SEEBODE que "la pretensión de que el ~~al~~ § 336 solo describe como injusta la decisión contraria al propio convencimiento, esta tan indemostrada, como la de que ya la voluntad de querer infringir el deber judicial hace aparecer la acción como injusto típico. Ciertamente que la conducta del juez es reprochable y punible cuando se da el momento subjetivo ! Pero una sentencia errónea es siempre injusta tanto si es conforme con la propia convicción como si es contraria a ella!" (1.280), y añade: "El texto legal no sólo habla en contra de la teoría subjetiva pura, sino también, y por las mismas causas, contra la

... hoeck und Ruprecht Verlag, 1961, pg. 119; BLEI, "Strafrecht. II: Besonderes Teil. Ein Studienbuch", 10. Aufl. des von Edmund Mezger begründeten Werkes, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1976, pg. 365. Más bibliografía al respecto en SEEBODE, "Das Verbrechen der Rechtsbeugung" cit., pg. 18, n. 47.

(1.280) "Das Verbrechen der Rechtsbeugung" cit. pg. 19.

mixta. Pues la tendencia subjetiva contra el derecho y la intención contra la verdad y la justicia no son pensables sin dolo". De esta manera, la teoría mixta restringe el concepto de "Rechtsbeugung" a la versión dolosa, que si, ciertamente, es la única que el legislador ha considerado punible en el §. 336, carece de sentido sin confrontarla con el concepto normalmente empleado de "Rechtsbeugung" culposa (1.281). Y termina: una decisión tomada siguiendo una motivación extraña al asunto, puede ser objetivamente justa y, contrariamente, una decisión adoptada de buena fé y en conformidad al asunto, puede ser equivocada. "Su conformidad con el derecho es objetiva e independiente de la motivación" (1.282).

En suma, la situación desde el punto de vista de la teoría objetiva es la siguiente:

Evidentemente, si en el tipo se distingue una parte objetiva y otra subjetiva (1.283), se puede recon-

(1.281) Ob. cit., pg. 19

(1.282) Ob. cit., pg. 20

(1.283) El "Beugung des Rechts" y el (en la redacción anterior a la última reforma) "vorsätzlich", respetivamente. Puede pensarse que la reforma, al suprimir el término últimamente aludido, ha pretendido favorecer la tesis de aquellos que preconizaban (dentro de un debate que abarcaba a un amplio número de autores) la posibilidad del dolo eventual (en este sentido, p. ej., en MEZGUER-BLEI, "Strafrecht. II: Besonderer Teil", 9 Aufl., 1966, pg. 339, se decía: "La acción sólo puede realizarse con dolo directo, aunque aparentemente también el actuar con dolo eventual cae bajo el tipo", mientras que en BLEI, misma ob., 10 Aufl., 1976, cit., se dice ahora: "La acción también puede cometerse con dolo eventual, según la nueva redacción del §. 336").

ducir a esta segunda todos los requisitos de conocimiento y voluntad, pudiendo la primera comprobarse "ásepticamente" por la confrontación entre lo objetivamente realizado y lo que, desde esa misma perspectiva, "debiera" haberse hecho. Si, mediante este cotejo, se concluye que aquello se adecua a ésto, desde este mismo momento cabe decir que ya no existe el tipo completo. Y, en ese sentido, para nada interesa ya comprobar la realización de la parte subjetiva del mismo, salvo que se entienda punible la tentativa inidonea (1.284). Por el contra-

-
- (1.284) A este planteamiento se atempera la opinión de FERRER, ya indicada, respecto al supuesto de sentencia objetivamente justa dictada por el juez con la creencia de que no era ajustada a derecho: es un supuesto de "error al revés" que elimina toda responsabilidad criminal ("Comentarios..." T. IV cit., pgs. 65-66). En la doctrina alemana respecto al §. 336 StGB, p. ej., TREPPER, "Richterbestechung...und Rechtsbeugung..." cit., pg. 60: "Si el juez cree que decide en contra de un principio jurídico, siendo así que, en realidad, aplica dicho principio en forma objetivamente correcta, no comete prevaricación, ya que, objetivamente, ha aplicado el Derecho de manera correcta. Un juicio de esta clase sería impune por defecto de tipo"; también acogiendo a la teoría del "Mangel am Tatbestand", HENNING, "Die Rechtsbeugung..." cit., 59: "Una decisión subjetivamente incorrecta, pero correcta objetivamente, es impune por ausencia de tipo"; SEEBODE, "Das Verbrechen der Rechtsbeugung" cit., pg. 25: "El juez que sólo supuestamente se comporta en contra de la situación de hecho o la falsea, no comete prevaricación. Podría, en todo caso, ser castigado por tentativa inidonea de prevaricación, si es que se puede afirmar la punibilidad de ésta". Según SARSTEDT (subjetivista), en cambio, no tiene gran trascendencia adoptar la teoría objetiva o la subjetiva, porque, según la primera, el juez que cree torcer el derecho, siendo así que objetivamente su decisión es, en realidad, correcta o, por lo menos, defendible, sería castigado por tentativa de prevaricación y, en consecuencia, tanto si se aplican los criterios de esta teoría como si se aplican los de la subjetiva, el juez sería expul-

rio, si se determina la objetiva incorrección del resultado (ó, caso de no haberse producido éste, la idoneidad de los actos realizados, que habla a favor, desde un concepto objetivo, de posibles formas imperfectas de ejecución) resulta todavía necesario comprobar la concurrencia de la parte típica subjetiva: aquí la "convicción" y la "tendencia" determinarán la presencia o ausencia del dolo y, caso de "convicción" errónea, si subsiste o no (en un plano teórico, puesto que la ley no la recoge en el § 336 StGB) la responsabilidad culposa (ó la culpabilidad atenuada, según el punto de vista de que se participe).

III. EL ART. 358 DEL C.P.: "RESOLUCION INJUSTA",
Y "MANIFIESTAMENTE INJUSTA ". "A SABIENDAS" Y
"NEGLIGENCIA O IGNORANCIA INEXCUSABLE".

1. Aplicación de la problemática expuesta al
art. 358 del C. p.

Lo que fundamentalmente interesa de todo lo que se lleva dicho sobre el "torcimiento del Derecho" del § 336 StGB, es si toda esa problemática tiene algún sentido en relación al art. 358 del Cp. español. Lo que, en mi opinión, debe responderse positivamente ante la similar estructura, que, a este respecto, presentan ambos tipos.

En primer término, la discusión versa sobre el análisis de la expresión "torcimiento del Derecho" que,

... sado con infamia del cargo y, también desde ambas teorías, sufriría pena de privación de libertad de uno a cinco años: o dos años y seis meses por consumación o dos años y tres meses por tentativa, lo que implica una diferencia que, en último término, no es de tanta importancia ("Fragen zur Rechtsbeugung" cit., pg. 535).

sin rechazo alguno, puede equipararse al término "injus-
ta" que emplea el Código español.

Ese "torcimiento del Derecho" debe verificarse, según el § 336 del StGB, en la "decisión" o en la "conducción" de un "asunto jurídico". Por su parte, el art. 358 C.p. señala que lo "injusto" ha de ser una "resolución" (con lo que se expresa, según espero haber demostrado una "decisión" tanto "de trámite" como "definitiva") "dictada" en un "asunto administrativo". Como se ve, tampoco aquí parece haber resistencia a trazar un paralelo entre las dos descripciones típicas aunque, en todo caso, deberá tenerse presente que el bien jurídico que el art. 358 contempla es exclusivamente el referido a la actividad administrativa, mientras que el del § 336 es doble, ya que alude también a la actividad judicial.

En segundo lugar, la anterior discusión se presenta conectada, además de con la temática concerniente al bien jurídico, con el análisis de la vertiente subjetiva del tipo. A este respecto, hay que destacar que la mayor parte de la discusión en la doctrina alemana se desarrolla en presencia, hasta la reciente reforma del StGB y su § 336, del elemento típico subjetivo "dolosamente" y de la impunidad, por falta específica de tipificación, de la prevaricación culposa. Por su parte, el art. 358 incluye, respectivamente en cada uno de los dos tipos que contiene, dos elementos típicos subjetivos: el "a sabiendas" de su párrafo primero y la "negligencia o ignorancia inexcusable" del párrafo segundo. De otro lado, parte de la doctrina alemana ha creído descubrir directamente en el "torcimiento del Derecho" bien un propio elemento subjetivo del injusto (teoría subjetiva), bien la existencia, no explicitada típicamente pero indudable en la "esencia" de la expresión "torcimiento", de una

"tendencia subietiva" sin la que dicho "torcimiento" no adquiriera relevancia penal (teoría mixta) ¿Puede darse una u otra de estas dos posturas respecto del "dictare resolución injusta" del art. 358 del C. p. español?

Comenzaré por ésto último, a la vista de que de las dos aludidas conexiones que se presentan en la discusión que ahora refiero al art. 358 del C. p. español, en la que existe con el bien jurídico ya he concretado este último extremo, mientras que en la trazada con los elementos subjetivos todavía queda por fijar la interpretación de éstos en dicho art. 358.

2. La imposibilidad de la teoría subjetiva y de la teoría mixta.

Si se quiere dar un tratamiento uniforme, que, en mi opinión, debe darse, a los términos "dictare resolución injusta" y "dictare resolución manifiestamente injusta" que se contienen en cada uno de los dos tipos del art. 358, en relación a la óptica objetiva, subjetiva o mixta con que deben interpretarse (posteriormente se determinaría la diferencia entre la resolución injusta y la manifiestamente injusta), es indudable, a mi entender, que hay que negar viabilidad tanto a la teoría subjetiva cuanto a la mixta.

Como ya he señalado, y se desprende del fundamento de ambas teorías, hay una conclusión común a las dos: la imposibilidad de, siquiera, hipotetizar una prevaricación culposa. El art. 358, párrafo segundo, por el contrario, tipifica el dictar "por negligencia" resolución manifiestamente injusta.

Este hecho es por sí sólo determinante para la afirmación de que la injusticia a que se refieren los dos tipos del art. 358 ha de ser objetiva; la resolución tie-

ne que ser objetivamente injusta.

La consecuencia es que, para el código penal español la "justicia" administrativa puede captarse objetivamente, o, dicho de otro modo, que lo "justo" no es la representación que el funcionario tiene de lo que es "derecho", sino algo extrínseco a él y que el funcionario tiene obligación de conocer. Pero ésto no puede significar, en modo alguno, que haya una justicia dada. Significa, por lo pronto, una superposición de la idea de seguridad sobre cualquier otra y, en segundo término, un sentimiento de desconfianza hacia la actuación administrativa resolutoria. Más no una seguridad tan absoluta o una desconfianza tan radical, como para afirmar que "lo justo" es algo predeterminado y estático. Puede significar la seguridad de que la única variación admisible de la "justicia" en las resoluciones, es la variación que se acompasa a las mutaciones que experimentan las fuentes del Derecho. Pero también la seguridad de que sobre tales fuentes se operará con los "medios y métodos científicos-jurídicos" mejores en cada momento (por ejemplo, en técnicas de interpretación). No puede, en cambio, expresar una desconfianza tan completa como para ligar rígidamente al funcionario a todo lo que en el momento de dictar la resolución está positivizado, porque tal pensamiento implicaría la obligación de, por ejemplo, aplicar normas obsoletas formalmente vigentes. No puede pretender la exclusiva utilización de criterios jurídico-formales, sino que debe interpretarse que da ancha cabida a los jurídico-materiales que, como dice RODRIGUEZ DEVESA en relación a al prevaricación judicial, "descansen no tanto en el razonamiento que conduce al fallo, como en la comparación de éste con la situación enjuiciada" (1.285),

(1.285) "parte Especial" cit., pg. 1000.

aunque con menor amplitud que para la actividad judicial (por lo mismo que es más vigorosa la vinculación del funcionario administrativo a la legalidad). No puede cobijar un intento de sustituir la atención y particularización para cada caso concreto, por objetivas soluciones con alcance absoluto. No puede hacer olvidar que lo que subyace al bien jurídico que protege, "legalidad", es la idea de "servicio a la comunidad" y que, caso de contradicción entre ambas, la resolución preferible es la que mejor coincida con la segunda y no la que se adapta a la primera (1.286).

3. La compatibilidad de la teoría objetiva con la injusticia por desviación de poder.

Lo que expresa esta objetividad de la injusticia de la resolución, es la irrelevancia, a los efectos de comprobar que existe este elemento típico, de la "convic-

(1.286) Quizás resulte oportuno recordar aquí, pese a que soy discrepante de otras ideas de su estudio, la opinión de Erik WOLF cuando se plantea la oposición, casi excluidora, que muchos ven entre "razón jurídica" y "sentimiento jurídico" e intenta llegar a una vía ecléctica que suponga una valoración más auténtica de una y otro. Para el citado autor, "quien tenga en alta estima el valor de conocimiento del sentimiento jurídico "prelógico" debe pensar que son precisamente las cualidades de objetividad, seriedad intelectual, escrupulosidad y autocrítica, desenvueltas a partir de la razón jurídica, las que dan al juez y al funcionario administrativo una actitud espiritual que practica y hace valer el arte de la justa ponderación de los intereses en pugna, el equilibrio entre la letra y el sentido de la ley, la práctica del principio 'audiatur et altera pars', la paciente comprensión en la situación jurídica y atención de los postulantes, la humanidad frente al delincuente" ("El carácter problemático y necesario de la ciencia del derecho", traducción de Eduardo A. Vázquez, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, pgs. 37-38).

ción" que el funcionario tenga de lo que es justo y de la "tendencia subjetiva" a vulnerar lo que es objetivamente justo. Estos dos datos no operan en la determinación del elemento típico "resolución injusta" (ó "resolución manifiestamente injusta"), sino en la de los también elementos del tipo "a sabiendas" y "negligencia o ignorancia inexcusable". Para saber si la resolución es o no es injusta, se prescinde (momentáneamente en relación al total delito, pero definitivamente respecto al elemento que se averigua) de aquella "convicción" y de esa "tendencia" (1.287). Pero ésto no excluye la significación que, en la objetiva constatación de la injusticia de la resolución, pueden cobrar determinados fines. Me estoy refiriendo a aquellos que pueden representar una desviación de poder.

Esta se obtiene en una confrontación: la de los fines, expresa o tácitamente "fijados por el ordenamiento jurídico" (art. 83,3 LJCA), para la correspondiente acti-

-
- (1.287) La S.T.S. de 8-VII-1916, acoge este criterio objetivo:
 "... el primero y sustancial elemento que ha de concurrir para que exista el delito de prevaricación... es que se haya dictado providencia interlocutoria injusta, en términos de que la intención, aún en el caso de que pudiera aparecer dolosa, está siempre subordinada a aquel primordial requisito porque la responsabilidad criminal sólo se da cuando hay lesión del Derecho, como sanción de ese orden establecida en la ley, y aplicando este criterio a los actos que se imputan al referido recurrente... es obligado reconocer que cualquiera que sea la gravedad de los datos que hayan de servir para formar juicio acerca de la rectitud del propósito que presidiera a las resoluciones de dicho juez, éstas no tienen el carácter de notoriamente injustas".

vidad administrativa, con el fin en consideración al cual el funcionario ha dictado la resolución. Si este último es distinto de aquellos, la resolución estará viciada por desviación de poder ;si así resulta reflejado en la resolución adoptada!

La acusación de desviación de poder se dirige a la resolución, no al sujeto que la dictó. Lo que se comprueba es la injusticia de la resolución, no la del comportamiento intelectual del funcionario. Es decir, no interesa, en esta sede de objetiva demostración de la injusticia de la resolución, la finalidad que guió al funcionario, sino la expresión de ésta que objetivamente pueda constatarse en la resolución y su disidencia respecto de aquella a la que, según el ordenamiento, debería ir dirigida la decisión administrativa. Lo que importa no es el fin perseguido por el funcionario, sino el fin que objetivamente persigue la resolución por sí misma. No se trata de comprobar las inclinaciones del funcionario hacia el servicio a la comunidad, sino el ajuste de su actividad, materializada en la resolución, a la legalidad administrativa (1.288) que, en principio, hay que suponer orientada a ese servicio, No es relevante la intención del funcionario, sino la finalidad que expresa su resolución, sin que ésto prejuzgue todavía nada en relación a la existencia o no de dicha intención o de negligencia o ignorancia. Se sigue con ésto (en el terreno del presente análisis) un "criterio objetivo" sobre la desviación de poder, conforme al cual "el titular no cuenta, ni su intención tampoco; si el acto no resulta adecuado para

(1.288) Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, "Curso..." T. I cit., pg. 303.

el fin jurídico previsto por el ordenamiento, es vicioso, aunque su autor haya querido el fin debido y haya tenido tan sólo una desafortunada elección del medio de alcanzarlo" (1.289).

Sobre estas premisas, cabe hipotetizar supuestos de prevaricación culposa por desviación de poder: el funcionario que dicta una resolución con una finalidad que él cree fijada por el ordenamiento, siendo así que éste, en realidad señala otra objetivamente distinta, puede haber dictado por negligencia o ignorancia inexcusable, una resolución manifiestamente injusta, en la medida en que aquella primera finalidad queda reflejada, expresa o tácitamente, en la resolución de que se trata; el funcionario que dicta la resolución con una subjetiva finalidad coincidente con la fijada por el ordenamiento, puede haber dictado una resolución manifiestamente injusta (por desviación de poder) si objetivamente la resolución no expresa aquella finalidad, debido a que la impericia del funcionario en el dictado impide entender la resolución de otra forma que en función de una finalidad ajena a la que el ordenamiento marca. Por el contrario, el funcionario que, con una finalidad distinta a la señalada por las normas, dicta una resolución, que, sin embargo de ello, no contradice a la estipulada por el ordenamiento (bien por torpeza, bien por no ser incompatible con ésta: por ejemplo, venganza), no ha dictado, desde el punto de vista de la desviación de poder, una resolución injusta.

(1.289) Luis Fernando MARTINEZ RUIZ, "Los límites del poder discrecional de la autoridad administrativa. (Una introducción al Derecho de lo contencioso-administrativo)", Parte IV (conclusión), en IJ n°317, abril-junio 1973, pg. 101.

4. La cuestión de las "leyes multívocas" y la "discrecionalidad".

Aparte ya de la concreta referencia a la desviación de poder, el adoptado criterio objetivo de determinación de la injusticia de la resolución, puede plantear también problemas a la hora de averiguar si una resolución es injusta cuando ha sido dictada al amparo de una "ley multívoca". En este terreno, cobran virtualidad las técnicas de control de la discrecionalidad a las que me he referido en el capítulo anterior. Pero, en términos generales, creo que no hay inconveniente en aceptar parte de la propuesta de RUDOLPHI para solventar estos supuestos. En mi opinión, la tesis mayoritaria de afirmar la inexistencía de injusticia en los casos de resolución por aplicación de una "ley multívoca" cuando tal resolución sea "defendible", debe armonizarse con la opinión de RUDOLPHI respecto al deber del funcionario de proceder conforme a los medios científico-jurídicos.

Efectivamente no es resolución iniusta aquella que, respondiendo a una "ley multívoca", sea "defendible"; pero la defendibilidad existe en la medida en que se demuestra que la resolución ha sido alcanzada a través de esos medios y métodos. No puede olvidarse, sin embargo, que nos movemos en el mismo inseguro terreno en el que se mueven tales "medios y métodos científicos-jurídicos" y si resulta aceptable la idea de que el deber del funcionario es acudir a ellos para la averiguación de la resolución que ha de dictar, con la consecuencia de que el incumplimiento de este deber puede convertir en injusta su resolución, lo que no se ve de una forma clara es donde residen, y con que contenido y extensión los baremos de ese deber, como acertadamente señala SCHREIBER. Por lo pronto, es evidente el deber de recurrir, por ejemplo, al respeto de los elementos reglados de la discrecionalidad,

de los hechos determinantes y de los principios generales del ordenamiento y del Derecho, no ignorar la importancia del precedente y calibrar la relevancia de la costumbre. Pero estos no son "medios y métodos", sino objeto de los mismos. Por ellos, hay que entender, a mi modo de ver, las técnicas que se emplean para extraer de los elementos de referencia (ley, principios generales, costumbre) la solución más "justa" para el caso concreto (métodos de interpretación, técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, etc.); y la vulneración del deber de emplear tales técnicas puede convertir, también sobre el plano objetivo, a una resolución, aparentemente defendible, en injusta.

5. La "resolución manifiestamente injusta" del párrafo 2º del art. 358 C.p.

A) El tipo del párrafo segundo del art. 358 exige que la resolución dictada por el funcionario sea "manifiestamente injusta. El término "manifiestamente" puede, en una primera aproximación, entenderse de dos distintas formas: aquí me referiré a la primera de ellas.

Esta, absolutamente indiscutida en la doctrina penal española y conforme con el significado del Diccionario, identifica el adverbio "manifiestamente" con notorio, claro, evidente, palmario, ostensible (1.290).

(1.290) En este sentido, Idefonso AURIOLES MONTERO, "Instituciones del Derecho Penal de España (escritas con arreglo al nuevo Código)", Madrid, 1849, pg. 197; GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, "Elementos..." T. III cit., pg. 284; PACHECO, "El Código Penal..." cit., T.II pgs. 400-401; Joaquín ESCRICHE y otros, voz "Prevencato" en "Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia", T. IV, Madrid, 1876, pg. 665; VIADA, "Código Penal reformado de

Esta notoriedad de la injusticia de que adolece la resolución conecta inmediatamente, en gran parte de esa doctrina, con expresiones como la de que la injusticia no debe ser "de ningún modo dudosa" (1.291), que "no de lugar a dudas" (1.292), que "no basta..... una ilegalidad dudosa" (1.293), que "no queda duda de su injusticia" (1.294), que "la injusticia resulta de tal modo que no deje lugar a duda" (1.295), que "no puede discutirse en derecho" (1.296); expresiones ciertamente sinónimas de las primeramente enunciadas pero que, además, propician el acceso a algo fundamental para la comprensión del contenido y función del "manifiestamente": ¿a quién no tiene que parecer dudosa la injusticia de la resolución? ¿para quién tiene que ser notoria dicha injusticia?

... 1870..." cit. T. II pg. 539; CUELLO CALON, "El nuevo Código Penal..." cit. T. II, pg. 301; TEJERA, "La prevaricación..." cit., pgs. 200-201 y 236-237; FERRER, "Comentarios..." T. IV cit., pg. 83; RODRIGUEZ DEVESA, "Parte Especial" cit. pg. 1.004. En el mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia: V. Las sentencias T.S. de 19-II-1891, 13-XI-1929 (ambas sobre prevaricación judicial, pero perfectamente transportables en este punto a la administrativa) y 28-II-36 (prevaricación administrativa).

(1.291) AURIOLES, ob y pg. cits.

(1.292) GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, ob. y pg. cits.

(1.293) PACHECO, ob y pg. cits.

(1.294) ESCRICHE, ob. y pg. cits.

(1.295) VIADA, ob. y pg. cits.

(1.296) TEJERA, ob. y pg. cits. En términos similares a los de los citados autores, se ha expresado la jurisprudencia; así: S.T.S. de 25-I-1911 (sobre prevaricación judicial: "... resulta de un modo claro e indiscutible la notoria violación del precepto legal) y S.T.S. de 13-I-1948 (sobre

B) Según RODRIGUEZ DEVESA, la resolución "para quien ha de ser manifiestamente injusta es para un tercero", no para quien la dicta "porque entonces ineludiblemente iríamos a la prevaricación dolosa, que por definición está excluida" en este párrafo segundo del art. 358 (1.297). Coincide en ello con la doctrina que acabo de recoger (1.298) y denota, la clara conexión que el término en análisis guarda con el hecho del castigo de la prevaricación culposa (1.299). Pues bien, el "tercero" pa-

-
- ... prevaricación administrativa; "... la injusticia sea tan manifiesta que excluya la más leve duda...").
- (1.297) Ob. cit., pgs. 1003-1004; en el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, "Parte Especial" cit., pg. 661.
- (1.298) V. una opinión discrepante en A. de B. y J. S., "Código Penal de España, enmendado con arreglo a los Reales Decretos de 21 y 22 de septiembre de 1848 y comentado", Barcelona, 1848, pg. 123: "Si la sentencia fuere 'manifiestamente injusta', como expresa este artículo, ¿cuando podrá decidirse que no se ha dado 'a sabiendas'?", con lo que presuponen que al que ha de resultarle "manifiestamente injusta" la resolución es a quien la dicta. Lo absurdo de la conclusión a que lleva, avala el pensamiento de RODRIGUEZ DEVESA.
- (1.299) Con anterioridad he expuesto y criticado aquella tendencia doctrinal que, sobre la dificultad de la prueba del elemento "a sabiendas" del párrafo primero del art. 358 C.p., patrocina la idea de que solo las resoluciones "manifiestamente" injustas podrán colmar el tipo de dicho párrafo primero. Contrariamente, entiendo, como a continuación intentaré demostrar, que la exigencia de que la injusticia sea manifiesta, responde a la introducción de un concepto límite para el castigo de la prevaricación culposa.

ra quien la resolución ha de ser "manifiestamente" injusta son conforme a esa misma doctrina, "personas entendidas" (1.300) ó "personas medianamente entendidas en derecho" (1.301).

A través de estas expresiones se está apuntando, en íntima conexión al hecho de que el tipo sobre el que se analiza el término "manifiestamente" prevé formas culpables de prevaricación, a la existencia de un objetivo deber de cuidado, construido no sobre el cuidado que debe observar una persona cualquiera, sino, justamente, sobre el que incumbe al peculiar sujeto que puede realizar el tipo (que, no puede olvidarse, es especial propio), es decir, el deber del funcionario, de este profesional precisamente en el ejercicio de su profesión. En consecuencia, se apunta a un profesional deber objetivo de cuidado, ésto es, aquel que corresponde a un funcionario medio con facultades decisorias. Un deber de cuidado al dictar las resoluciones (deber de no "negligencia") y un deber de conocimiento del derecho del que va a extraerlas (deber de no "ignorancia"), cuyo cumplimiento evite la producción de una manifiesta injusticia en la resolu-

-
- (1.300) AURIOLES, Ob. y pg. cits.; GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, Ob. y pg. cits.; PACHECO, Ob. y pgs. cits.; ESCRICHE, Ob. y pg. cits.
- (1.301) VIADA, Ob. y pg. cits. La S.T.S. de 13-I-1948 se refiere a que no exista "la más leve duda en las personas superficialmente entendidas en derecho y prácticas administrativas".

ción (1.302).

De esta manera, el contenido que expresa el adverbio "manifiestamente, es que la injusticia de la resolución sea tan clara que no ofrezca ninguna duda, ninguna posibilidad de discusión, a un funcionario medio que desempeñase el mismo cargo.

Con ésto se none de relieve que el término "manifiestamente", en congruencia con el criterio objetivo empleado respecto al "injusta" a que se refiere, debe, de igual modo, apreciarse objetivamente. Aquí también, como señala CORDOBA al examinar el art. 369. párrafo segundo, que se refiere a "un mandato que constituya infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley", "el carácter manifiesto.... no parece definirse en virtud de un criterio personal, sino de uno objetivo. Es decir,tal infracción (tal injusticia, diríamos respecto al delito que nos ocupa) tendrá dicha cualidad de evidente, en cuanto un funcionario medio situado en la circunstancia respectiva, hubiera apreciado esa vulneración,

-
- (1.302) Junto a este deber, cuyo incumplimiento pertenece al injusto, resulta necesario para declarar la responsabilidad criminal del funcionario "la prueba para el autor, de que por su inteligencia y por su cultura, su experiencia de la vida y situación, esté individualmente en condiciones de cumplir el deber de cuidado que le había sido objetivamente prescrito" (NUÑEZ BARBERO, " El delito culposo (su estructuración jurídica en la dogmática actual)", Universidad de Salamanca, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, 1975, pg. 75). La conjunción de estos criterios solventa, en mi opinión, la dudas que plantea RODRIGUEZ DEVEZA ("Parte Especial" cit., pg. 1.003-1.004) respecto al "juez lego en derecho"; por lo demás, habría también de observarse que la entidad de los asuntos encomendados a tales personas, en general, es pareja a su cualifica

con independencia de cuales pudieran ser las creencias del funcionario individual y concreto" (1.303).

Dicho de otro modo, el funcionario administrativo tiene el deber de no dictar resoluciones afectadas de una injusticia evidente para un funcionario medio (medio en relación al concreto cargo o función de que se trate), exigiendo el párrafo segundo del art. 358 C.p. responsabilidad criminal a los funcionarios administrativos que incumplan tal deber (1.304).

C) En íntima conexión con ésto último, se presenta la función que el término en análisis desempeña y que, a mi entender, como correctamente señala TEJERA, es la de que "las prevaricaciones culposas, tengan menos extensión que las dolosas" (1.305).

... ción jurídica. Por ello se explica que la citada S.T.S. de 13-I-1848, al tratar de los actos del alcalde de un pequeño pueblo, hable de "personas superficialmente entendidas...."

(1.303) "Comentarios...." T. I, cit. pg. 391; subraya da en el original. En el mismo sentido, expresamente MUÑOZ CONDE, "Parte Especial" cit. pg. 673. "Límite de índole objetiva" denominaba RODRIGUEZ DEVESEA a la exigencia de que la injusticia sea manifiesta ("Parte Especial", cit., pg. 1.003).

(1.304) Cfr. la conclusión paralela de CORDOBA, en relación a los mandatos antijurídicos, "Comentarios...." T. I cit., pg. 392.

(1.305) "La prevaricación..." cit., pgs. 200-201. La conexión que el "manifiestamente" tiene con el alcance de la "negligencia o ignorancia inexcusable", es patente en la jurisprudencia: V. S. S. T. S. de 9-III-1910; 25-I-1911; 24-IV-1912; 30-V-1941; 17-VI-1950; 22-XII-1941; y 13-I-1948 (las dos últimas sobre prevaricación administrativa, las anteriores sobre judicial).

En efecto:

Certeramente, también refiriéndose al delito de desobediencia de funcionarios, argumenta RODRIGUEZ DEVE-SA: "el Derecho no puede actuar sin un margen de error y discrecionalidad. Toda la teoría de los recursos o remedios contra las decisiones judiciales y contra los recursos de la Administración tiene este fundamento. La sentencia no recurrida es firme y ejecutoria, obliga aun que sea contraña a derecho. Así, pues, "antijurídico" (alude a los "mandatos antijurídicos obligatorios") no equivale a materialmente injusto, ni a pura y simplemente contrario a las leyes. La buena fé desempeña también un destacado papel en las relaciones jurídicas, al modo que lo tiene en la esfera de la moral. La decisión administrativa, la sentencia judicial, pronunciadas dentro del margen que para la apreciación de la situación conceden las propias leyes a los funcionarios que asumen estas responsabilidades, son ajustadas a derecho si se dictan en la creencia de que lo son, aunque un examen detenido de ellas lleve a la convicción de que hubiera estado más indicada otra resolución" (1.306).

Lo que es cierto en términos generales. Pero hacer falta matizar. Excluir el error por completo de las decisiones judiciales y administrativas, efectivamente es un vano intento. La técnica de los recursos de unas y otras es, al mismo tiempo, una confirmación de ello y un paliativo a la situación que comporta. Pretender evitar todas las decisiones injustas mediante su tipificación como delito, es, en consecuencia, un exceso. No hay duda a la hora de incriminar las dolosas. Pero no hacerlo con todas las culposas, bajo pretexto de la ausencia de intenen

(1.306) "Parte Especial" cit., pg. 1.019.

ción o de la errada creencia que el funcionario tiene de estar dictando una resolución justa, sería pecar por defecto. Una postura intermedia, que respete el margen de apreciación (y consiguiente posibilidad de desacuerdo), pero que, al mismo tiempo, no favorezca (y así no amplíe su, ya extensa, esfera de privilegios) la indolencia de jueces y funcionarios en su actuación, el desconocimiento y el desinterés de los asuntos que (!por obligación!) a ellos se someten, la impunidad por los descalabros, públicos y privados, que en sus actuaciones pueden comportar, parece la más idónea. Es precisamente el art. 358, párrafo segundo, para las resoluciones administrativas (como el 355 para las sentencias judiciales) el que señala la línea limítrofe de hasta donde la "convicción" del funcionario (o la del juez) de actuar conforme a derecho, cuando objetivamente no es así, entra dentro del campo de lo penalmente admisible. La cuestión, a tenor de la norma mencionada, es clara: toda resolución (o sentencia) dictada por negligencia o ignorancia inexcusable, que no sea "manifiestamente" injusta, entra dentro de ese campo de irresponsabilidad por buena fé o por respeto al margen de apreciación y error del funcionario (o del juez) que reclama, en el texto reproducido, RODRIGUEZ DEVESA; en ese mismo terreno se encuentran las resoluciones administrativas (o las sentencias judiciales) que, pese a adolecer de una injusticia manifiesta, no se han dictado ni "a sabiendas" ni "por negligencia o ignorancia inexcusable". Son, en cambio, delito las que sobrepasen estos límites objetivo y subjetivo.

Esta es la doble barrera que el funcionario administrativo tiene que rebasar con su resolución para incurrir en responsabilidad criminal: cometer una manifiesta injusticia y hacerlo con "imprudencia temeraria".

6. La "negligencia o ignorancia inexcusable" "del párrafo segundo del art. 358 C.p.

A ésto segundo, efectivamente, se equipara en doctrina la "negligencia o ignorancia inexcusable":

A) Cuando el tipo se introduce por primera vez en el código, a continuación de la preexistente prevaricación "a sabiendas", en 1870, comenta VIADA (refiriéndose al entonces art. 366, hoy 355): "La disposición de este artículo no existía en el código de 1850. Los reformadores de 1870 consideraron, a nuestro juicio con razón, que tratándose de un funcionario de la administración de justicia, de cuyas resoluciones pende la fortuna, la honra, la libertad y hasta la vida del ciudadano, no era mucho exigirle esas condiciones de inteligencia y celo, que son prenda segura de buen acierto. "Culpa lata próxima al dolo", dijeron los romanos. Esta culpa lata la constituyen aquí la "negligencia o ignorancia inexcusable" de que habla el artículo" (1.307). En el mismo sentido

(1.307) "Código Penal reformado de 1870....." cit., T.II, pgs. 538-539. En el mismo sentido respecto a la "culpa lata" la S.T.S. de 9-III-1910. Para GROIZA en cambio, los reformadores se quedaron cortos, refiriéndose a este mismo artículo comenta: "No merece tanto nuestra aprobación lo que respecto a la culpa el artículo consigna. Pareceños demasiado exigir que la injusticia sea una injusticia calificada y que la ignorancia o negligencia también lo sean para que la responsabilidad surja. Nosotros hubiéramos pedido menos. La injusticia nos hubiera bastado, sin ser manifiesta; y la ignorancia y la negligencia sin llegar hasta un punto de hacerse inexcusables. Con tales cortapisas la responsabilidad se hace ilusoria. Lo menos que el Estado tiene derecho a exigir de los funcionarios es que obren con aquel celo y cuidado que un honrado padre de familia pone en la dirección y administración de sus asuntos; que presten, en

se expresan LOPEZ-REY y ALVAREZ VALDES: se castiga aquí la "culpa lata próxima al dolo", pues por tal ha de entenderse la negligencia o ignorancia inexcusable de que

... una palabra, la culpa leve en el desempeño de su cargo. Pero admitir que aún excediendo los límites de la culpa lata no delinquen como no hayan llevado la ignorancia o la negligencia hasta un punto que nadie las considere excusables, es dejar sin garantía social, sin defensa los muchos derechos e intereses que los funcionarios públicos pueden fácilmente atropellar y herir obrando desatentadamente en el desempeño de sus cargos" ("El Código Penal de 1870....." T. IV cit., pgs. 134-135). JASO, entiende respecto de la prevaricación judicial que, "dado el principio iura novit curia, el hecho de que el juez dicte una resolución manifiestamente injusta supone por lo menos la existencia de la forma menos grave de culpabilidad, y el hecho de que se exija además que la negligencia o la ignorancia sean inexcusables nos parece una restricción inmotivada en el área de la responsabilidad de los jueces en tan interesante cuestión; máxime si se tiene en cuenta que estas personas se encuentran ya suficientemente protegidas procesalmente por la necesidad del antejuicio para su procesamiento, que regula la Ley rí-tuaria criminal en los arts. 757, y s.s." ("Parte Especial" cit. pg. 196). PUIG PEÑA, suscribe expresamente esta última opinión ("Derecho Penal" T. III: "Parte Especial" cit. pg. 410, n. 23).

habla el código" (1.308). RODRIGUEZ DEVESA, también en relación a la prevaricación judicial del 355, se inclina a entender "que la ignorancia o error inexcusable corresponde a lo que en el art. 565 se denomina imprudencia temeraria, ésto es, la falta de aquella diligencia elemental que es exigible a cualquiera que desempeñe las funciones judiciales", "la fórmula -prosigue diciendo- tiene el valor, por lo tanto, de excluir la imprudencia simple", y termina, "habrá que atender a las circunstancias todas del caso para decidir si aquella culpa era o no inexcusable" (1.309). De la misma opinión es QUINTANO cuando estudia la "negligencia

(1.308) Añaden, con criterio contrario al de los autores señalados en la nota anterior: "Supone ésto, si seguimos el parecer de VIADA, único que nos parece admisible, una privilegio a favor para jueces y abogados como pretendía y afirmaba COSTA en su discurso sobre 'La ignorancia en el Derecho'. Creemos que no. Todo lo contrario, si a más de lo dicho vemos que en los arts. 363 y 365 (actuales 358 y 360) la equiparación de las penas ante la diversidad de conductas es absoluta, lo cual no sucede para los demás funcionarios y particulares" ("El Nuevo Código Penal, notas jurisprudencia, tablas, etc.", Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, s.f. -los autores firman el Prólogo en mayo de 1933- pg. 325); LOPEZ-REY, en "Derecho Penal", T. II: "Parte Especial" cit., pg. 175, entiende que el Código "tipifica especialmente en los arts. 360, 363 y 365 (actuales 355, 358 y 360) la comisión por imprudencia temeraria".

(1.309) "Parte Especial" cit., pg. 1.003; con alcance más general, dice en la "Parte General" cit., pg. 417: "La ignorancia o negligencia inexcusable equivale a la imprudencia temeraria". MUÑOZ CONDE, se adhiere expresamente a la opinión de RODRIGUEZ DEVESA respecto de la prevaricación, "lo decisivo -dice- es la omisión de un deber de cuidado que personalmente incumbe a un sujeto. Es decir, que una ignorancia o negligencia será inexcusable, cuando falta aquella diligencia mínima que es exigible a cualquiera que desempeñe funciones judiciales. Se trata, por tanto, de la forma impru-

inexcusable" de que habla el código en la malversación del art. 395, párrafo 1º: "No se expresa en esta modalidad de imprudencia el grado de la misma conforme a las características del art. 565, cuya existencia haría en verdad superfluo el tipo específico; pero la alusión al adjetivo inexcusable obliga a hermanar tal concepto con el de temeridad, dejando fuera de la incriminación las imprudencias simples, aunque mediara infracción reglamentaria" (1.310).

... dente más graves, la temeraria" ("Parte Especial" cit., pg. 661).

(1.310) "Compendio..." T. II, cit., pgs. 187-188; en "Derecho penal de la culpa" cit., pg. 380, dice: "el precepto de inexcusabilidad.... parece hacer una referencia a una cuantía máxima de imprudencia, equivale a la temeridad. Por lo cual el mero error ni siquiera una negligencia leve u ordinaria, en el común fallar de los humanos, no han de ser suficientes para la perfección del tipo, ni siquiera, creo yo, cuando se alien a una determinada infracción de reglamentos"; confirma este criterio, en "Curso...." T. II, cit. pg. 511. SUAREZ MONTES, en referencia al mismo tipo y expresión, entiende que "la infracción ha de ser grave, pues sólo son punibles el abandono o negligencia inexcusables. Entendemos que el término inexcusable no alude a la exigencia, común a todo delito, de que el autor no tenga disculpa alguna a su favor. Expresa la necesidad de que el grado de infracción de los deberes sea de una cierta gravedad: ha de suponer un olvido de las normas más elementales de prudencia y precaución, incurriendo el agente en una situación jurídica rayana en el dolo y la malicia" ("El delito de malversación de caudales públicos" cit., pgs. 855-856). Se plantea el propio autor (ob. cit., pg. 856, n. 60) "si la inexcusabilidad expresa un concepto equivalente al de temeridad, o si puede abarcar alguna otra de las formas de la imprudencia"; a la vista del texto debe concluirse que se inclina más bien por la primera parte de la alternativa, teniendo presente lo que por "imprudencia temeraria" se entiende en la doctrina común (V., NUÑEZ BARBERO, "El delito

B) Con esta interpretación se rechazan otras tres opciones interpretativas y una tendencia legislativa, también defendidas en doctrina.

a) Esta tendencia era la que no creía correcta la introducción en el código de las prevaricaciones culposas (1.311). Pese a la que, en 1870, se incriminaron (lo mismo que la malversación culposa); y se hizo con caracteres y consecuencias que confirman la opinión que antes he mantenido del criterio intermedio entre la total tipificación de las formas culposas y su total impunidad pe-

... culposo "cit., pgs. 89-91). Cfr. FERRER "Comentarios...." T. IV, cit., pg. 195, coincidente en la interpretación de la negligencia inexcusable del art. 395.

(1.311) Así, PACHECO: "Un juez, en efecto, puede ser injusto por ignorancia y por error, lo puede ser asimismo, por descuido, por abandono. El serlo por cualquiera de estas causas, concíbe se bien que no sea cosa recomendable; más, al cabo, no es una prevaricación lo que entonces comete. Tendrá o no tendrá por ello responsabilidad (no es eso de lo que se trata ahora); más de ninguna suerte habrá cometido el crimen en que aquí nos ocupamos. La Ley lo dice, de acuerdo en este punto con el idioma común y con la razón universal; no hay prevaricación donde la injusticia no se ha cometido a sabiendas". ("Código Penal concordado y comentado..." cit., T.II. pg. 401). Como ya se ha visto, los comentarios de GROIZARD eran harto expresivos del extremo contrario, y los de VIADA de un criterio intermedio. Sobre los criterios contradictorios en la doctrina y legislación histórica, V. QUINTANO "Derecho penal de la culpa" cit., pg. 379.

nal. Con gran corrección, a mi entender, lo expresa así RODRIGUEZ MOURULLO, partiendo del indicio suministrado por QUINTANO.

Para este último, "la figura de la malversación culposa, como la de la prevaricación antes mencionada, fué asimismo una creación del puritanismo que informó en materia de funcionarios públicos al código de 1870" (1.312) y, por otra parte, subraya RODRIGUEZ MOURULLO, como PACHECO "se había mostrado contrario al reconocimiento de una prevaricación no dolosa" (1.313). "Sin duda -sigue diciendo RODRIGUEZ MOURULLO-, estos antecedentes acentuaron la cautela del legislador de 1870, que, si por un lado quiso abrir las puertas a la imprudencia, por otro no quiso abrirlas tanto como para que cupiese toda clase de imprudencia. Se trató, pues, desde este punto de vista, de elevar a rango delictivo tan sólo ciertas prevaricaciones culposas: las más graves" (1.314). La necesidad de atender, continúa argumentando este mismo autor, la discutibilidad de las interpretaciones jurídicas que hacen las sentencias judiciales y resoluciones administrativas y, por tanto la frecuencia de errores y la misma existencia del sistema de recursos que confirma las anteriores apreciaciones, llevan al legislador a calificar la ignorancia y negligencia del art.

(1.312) "Derecho penal de la culpa" cit., pg. 380.

(1.313) "La imprudencia simple sin infracción de reglamentos", Separata del ADPCP, Madrid, Instituto de Estudios Jurídicos, 1963, pg. 672.

(1.314) Ob. y pg. cits.

358 (o del 355, o del 360, o del 395) como "inexcusables", para separar aquello que pertenece al campo de lo dudoso y que sólo abre la vía de recursos, que, de paralizarse, "hubiera expuesto, desde luego, a los jueces a ser blanco diario de acciones criminales entabladas por las partes vencidas en el proceso", de aquello otro que se estimaba debía desencadenar la reacción penal, que no era "excusable", sino que entraba dentro de lo penalmente "inexcusable" (1.315). Con lo que este término (y en ello coinciden buena parte de la doctrina y de la jurisprudencia) debe interpretarse "en sentido puramente limitador y selectivo" y referido "a la gravedad de la imprudencia" (1.316). De otra parte, "esta interpretación de la inexcusabilidad en el sentido de entender que expresa una forma especialmente grave de la imprudencia, es.... la única que permite, si no justificar de un modo absoluto, sí al menos explicar hasta cierto punto la equiparación de actuación dolosa y actuación por negligencia inexcusable que expresamente se lleva a cabo en los arts. 358 y 360" (1.317).

Las tres opciones interpretativas que igualmente no se acogen son:

b) En primer término, la patrocinada por CORDOBA, para quien buena muestra de que en el derecho español la imprudencia y la negligencia representan "puros juicios de antijuricidad", es la diferenciación que el Código pe

(1.315) Ob. cit., pgs. 672-673

(1.316) Ob. cit., pg. 674; cfr. NUÑEZ BARBERO, "El delito culposo" pgs. 101-102.

(1.317) Ob. cit., pg. 675.

nal establece, en los arts. 355, 358 y 360, entre "negligencia" y "excusabilidad" (1.318). Su argumento es el siguiente: "... el término "inexcusable" constituye, sin duda un juicio de culpabilidad, pues se refiere al poder del sujeto de cumplir el cuidado debido; califica a la negligencia de reprochable. Si el texto legal habla pues de "negligencia" y emplea la voz "inexcusable" para perfilar la misma, es claro que la negligencia no contiene el carácter de inexcusable; la negligencia podrá ser excusable o inexcusable. En suma, la negligencia no encierra un juicio de culpabilidad" (1.319). A ello repondrá RODRIGUEZ MOURULLO, reconociendo la "evidente fuerza lógica" del argumento de CORDOBA, que, pese al expreso apoyo legal que ofrecen a la tesis de este último autor los términos de los arts. 355, 358 y 360 sobre los que la construye, no se puede "adoptar una posición definitiva sobre el tema debatido", sin tomar en cuenta "las observaciones que se derivan de la formación histórica de dichos preceptos, las razones político-criminales que presidieron su redacción y la interpretación jurisprudencial de los mismos" (1.320). A la determinación de unas y otras dedica los razonamientos a que más arriba se ha hecho mención, de los que extrae la hipótesis, a mi entender correcta, de que "probablemente, el término inexcusable, pese a todo su poder evocador, no tenga más función que la de circunscribir ciertas especies de ignorancia o imprudencia más graves, dejando las de menor gravedad al margen del Derecho penal. Su misión quizás consiste tan sólo en adjetivar la gravedad

-
- (1.318) "Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista", Barcelona Ediciones Ariel, 1963, pg. 91.
- (1.319) Ob. y pg. cit.; los subrayados y entrecomillados en el original.
- (1.320) "La imprudencia simple sin infracción de reglamentos" cit., pg. 672.

de la negligencia, sin prejuzgar la estructura de la misma. Su significado sería, por consiguiente, no tanto el de indicar que la negligencia no encierra ya en sí un juicio de reproche personal....como el de señalar que no toda negligencia integra necesariamente el delito de prevaricación" (1.321).

c) En segundo lugar, la vía interpretativa propuesta, se opone también a la patrocinadora de la idea de que por "negligencia o ignorancia inexcusable" debe entenderse lo que el art. 262 de la LOPJ señala al respecto (1.322). Este artículo, situado en el capítulo que tra-

(1.321) Ob. cit., pg. 673; los subrayados en el original.

(1.322) En este sentido se pronuncian, ESCRICHE, voz "Prevaricato" cit., pg. 665; VIADA, "Código Penal de 1870...." cit., T.II. pg. 539; MARTINEZ-ALCUBILLA, voz "Prevaricación" en "Diccionario de la Administración Española", 6a. ed., T. XII, Madrid, 1925, pg. 549; CUELLO CALON, "El nuevo Código Penal español...." cit., T.II, pgs. 303-304 y 308 y "Parte Especial" T. II. Vol. I, cit., pg. 401; PUIG PEÑA, "Derecho Penal" T. III: "Parte Especial" cit., pg. 326. El Código penal de 1928, en su art. 417 (prevaricación judicial culposa), párr. 2º, recogía prácticamente con los mismos términos ese artículo de la LOPJ; decía: "Se tendrán por inexcusables la negligencia y la ignorancia cuando, aunque sin malicia se hubiere dictado sentencia manifiestamente contraria a la ley, o se hubiere faltado a trámite o solemnidad mandados observar por la misma bajo pena de nulidad". La Memoria de la Fiscalía del T. S. de 1899, se decanta también por la aplicación a la esfera penal del art. 262 LOPJ. En el mismo sentido, las S.S.T.S. de 28-I-1902; 9-III-1910; 23-II-1915 y 30-V-1968; todas ellas sobre prevaricación judicial; no existe, en cambio, ninguna sobre prevaricación administrativa que acoja esta tesis.

ta de la responsabilidad civil de los Jueces y Magistrados, prescribe que "se tendrán por inexcusables la negligencia o ignorancia cuando, aunque sin intención se hubiese dictado providencia manifiestamente contraria a la ley, o se hubiese faltado a algún trámite o solemnidad mandada observar por la misma, bajo pena de nulidad" (1.323). Para FERRER, el debatido artículo no debe integrarse en el 355 del C.p. por dos razones: primera, porque las disposiciones del capítulo II, Título V, de la LOPJ" se refieran a la responsabilidad civil de los jueces y magistrados, según reza la propia rúbrica, y no a la de índole penal"; segunda, porque originaría un círculo vicioso pues, señalando el art. 355 del C.p., que la sentencia ha de ser "manifiestamente injusta", es precisamente el mismo concepto el que la LOPJ repite (1.324).

-
- (1.323) Como se ve, aquí la "inexcusabilidad" se construye sobre elementos objetivos. Al respecto ha señalado RODRIGUEZ MOURULLO, que aunque se dijese que este artículo "supone un antecedente normativo que no es lícito desconocer, en el que la inexcusabilidad se caracteriza objetivamente....prescindiendo de toda referencia al poder individual del sujeto, podría replicarse, con toda razón, que dicho precepto contiene una presunción legal de culpabilidad basada en esos datos objetivos" ("La imprudencia simple sin infracción de reglamentos" cit., pg. 674 n. 127 de la pg. 673; los subrayados en el original).
- (1.324) "Comentarios..." T. IV cit., pgs. 73-74; expresamente se suma a esta opinión QUINTANO, "Derecho Penal de la culpa..." cit., pgs. 378-379. En la S.T.S. de 14-III-1883 (sobre prevaricación administrativa), se puede comprobar como el recurrente rechaza la aplicación del art. 262 L.O.P.J. "por referirse a la responsabilidad civil de jueces y magistrados". No hacen uso de tal art., ni recogen su espíritu, las S.S.T.S. de 14-X-1884; 19-II-1891; 30-V-1941; 17-VI-1950; 29-V-1894 y 22-XII-1941 (las dos últimas sobre prevaricación administrativa; las anteriores sobre judicial).

También contrario o conceder efectos penales a esa noción es RODRIGUEZ DEVESA, para quien la misma "es de todo punto insuficiente, porque en ella se coloca el acento en unos sucesos que no hacen referencia a lo que es esencial a la culpa: la omisión de un deber de cuidado que personalmente incumbe al sujeto" (1.325). En todo caso, resulta claro que si forzado es dar, sin más, efectos penales a lo que está previsto para responsabilidades civiles, más forzado todavía resulta aplicar lo que a jueces y magistrados se refiere, a funcionarios administrativos, como sería el caso si se integrara el art. 262 LOPJ en el art. 358 C.p. (1.326).

-
- (1.325) "Parte Especial" cit. pg. 1.003. En el mismo sentido, expresamente, MUÑOZ CONDE, "Parte Especial" cit. pg. 661.
- (1.326) En este sentido, apunta RODRIGUEZ MOURULLO "que en todo caso, hay que reconocer que la declaración del art. 262 LOPJ carece de la necesaria amplitud como para revelar el carácter que debe otorgársele al calificativo inexcusable que emplea el C.P. En efecto, aunque se estimase aplicable a la interpretación del art. 355, resultaría forzada su aplicación al art. 358, y, desde luego, de aplicación imposible a la interpretación de los arts. 360 y 395". ("La imprudencia simple sin infracción de reglamentos" cit., pgs. 673-674, n. 127 de la pg. 673). Obsérvese también que el art. 417 del C.p. de 1928, recogía la declaración del 262 LOPJ en relación a la culposa prevaricación judicial exclusivamente: en absoluto se hacía lo propio en el 420 (correspondiente al actual 358, párr. 2º); en este sentido, se equivoca doblemente CUELLO CALON, cuando al tratar de la negligencia o ignorancia inexcusable de la prevaricación de funcionarios administrativos, remite a los conceptos que dió de estos elementos para la prevaricación judicial en el Cp. de 1928 ("El nuevo Código Penal español...." cit., T.II, pg. 308)

d) En tercer lugar, también es contraria la interpretación aquí propugnada a la opinión, sustentada por LOPEZ-REY y ALVAREZ VALDES, de que "el art. 558 (actual 565), con excepción de su párrafo primero, es perfectamente aplicable a los funcionarios, abogados y procuradores de este capítulo, por ser de aplicación general" (1.327). Puesto que, en efecto, como he resaltado sobre la doctrina coincidente con la interpretación que aquí se propone, la común opinión es que la específica tipificación de la versión por imprudencia temeraria, excluye las demás formas menos graves de culpa, que, a los efectos penales, han de declararse impunes (1.328). Es-

-
- (1.327) "El nuevo Código Penal....." cit., 325-326. En otro lugar, sin embargo, LOPEZ-REY se inclina por entender la "negligencia o ignorancia inexcusable" como imprudencia temeraria y rechaza otra forma de culpa ("Derecho penal, Parte Especial" cit., pg. 175: "Tiene este capítulo la característica singular de excluir, al menos en ciertos casos, la aplicación general y desmedida del art. 558 (actual 565), en cuanto tipifica especialmente en los arts. 360, 363 y 365 (actuales 355, 358 y 360) la comisión por imprudencia temeraria"), planteándose, en cambio, la viabilidad de esas formas culposas en los demás arts. del capítulo dedicado a la prevaricación (entre los que, como es sabido, salvo los 357 y 361, se incluyen los elementos "a sabiendas" ó "maliciosamente").
- (1.328) Lo que, en cambio, no rechaza (dada su comúnmente aceptada compatibilidad: V. por todos NUÑEZ BARBERO, "El delito culposo...." cit., pg. 37) es la posibilidad de que la culpa sea tanto consciente como inconsciente. En este sentido, SUAREZ MONTES, respecto de la "negligencia inexcusable" del art. 395 dice: "El precepto comprende tanto la culpa consciente como la inconsciente, pues la inexcusabilidad no es privativa de la culpa con previsión. Pero es preciso que el funcionario no tenga un grado de conocimiento y voluntad propios del dolo, ya que en este caso el hecho se sancionaría por el tipo más grave del art. 394, en su forma de consentimiento a la sustracción" ("El delito de malversación..." cit., pg. 856).

te alcance precisamente es el que se quiere dar a la versión culposa de la prevaricación cuando, en 1870 se in-crimina por vez primera: a diferencia de la situación anterior, prevaricaciones culposas sí, pero no todas, sola-mente las más graves de ellas.

Ofrece, sin embargo, en la actualidad el texto legal una buena base gramatical para opinar una cosa distinta. En efecto, el D. 3096/1973 de 14-IX (B.O.E. de 14-XII-1973), por el que se publica el C.p. texto refundido con-forme a la L. 44/1971 de 15-XI, ofrece la siguiente re-dacción del párrafo segundo del art. 358 (página 24. 205 del citado B.O.E.): "Con la misma pena será castigado el funcionario público que dictare, por negligencia o ig-norancia inexcusable, resolución manifiestamente injusta en asunto administrativo". En estos términos (sustituído el plural "inexcusables", por el mismo adjetivo en singu-lar), para lo único que se exige inexcusabilidad es para la "ignorancia", no para la "negligencia", por lo que hay base para sostener que esta no tiene porque identifi-carse con la más grave forma de la culpa, sino que alude a ella en toda su extensión.

Creo, no obstante, que se trata de una errata sin al-cance efectivo alguno que, pese a merecer una modifica-ción oficial expresa (1.329) debe ser subsanada directa-mente por el intérprete sin esperar aquella (1.330). En

-
- (1.329) Cfr. LANDROVE, "Sobre una inadvertida modifi-cación del art. 544 del Código Penal", Separata del ADPCP, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos 1967 , pg. 393.
- (1.330) Sobre la problemática y alcance de las erra-tas, defectos de redacción y error en el mo-tivo, V., p. ej., MEZGER, "Tratado de Derecho Penal" T. I, ed. de 1955, pgs. 136-137; RODRI-GUEZ DEVESA, "Parte General" cit., pgs. 155-156; sobre el error de transcripción cometido

efecto, en el código penal de 1870, en el que por primera vez aparece el mencionado tipo, se emplea el término en plural y de ahí en adelante será siempre así (1.331) hasta el mencionado D. de 1973. El texto que éste publica es en conformidad con la L. 44/1971 de 15-XI, en la que en absoluto se autoriza introducir modificación alguna sobre el preexistente código penal, texto revisado de 1963 (D. 691/1963 de 28-III) modificado por la L. 3/1967 de 8-IV, en relación al párrafo segundo del art. 358 que nos ocupa. Consecuentemente, no existiendo ninguna lógica ni razón legal que abonen una tal modificación, sino, por el contrario, apuntando todos los indicios a una mera errata sobre el texto que sirvió de base para la publicación, entiendo que en la actualidad sigue vigente la expresión "negligencia o ignorancia inexcusables" en el párrafo segundo del art. 358 C.p.

7. El "a sabiendas" del párrafo primero del art. 358 C.p.

A) La duda que, en otro lugar, plantea (y no resuelve) LOPEZ-REY sobre si (1.332) es posible aplicar el art. 565

... en el art. 544 por el D. 28-III-1963, V., LANDROVE, "sobre una inadvertida modificación..." cit., pgs. 390-391.

(1.331) R. D. L. n° 1596 de 8-IX-1928, Gaceta de 13-IX-1928, pg. 1.490; L. 27-X-1932, Gaceta 5-XI-1932, pg. 843, (en la fé de erratas aparecida en la Gaceta de 24-XI-1932, no consta modificación sobre este punto); D. 23-XII-1944 B.O.E. de 13-I-1945, pg. 454; D. 691/1963 de 23-III, B.O.E. 8-IV-1963, pg. 5893.

(1.332) Dada la exclusión que implica la específica tipificación de la imprudencia temeraria en los tipos en que se habla de "negligencia o ignorancia inexcusable" (art. 355, 358, párr. 2° y 360), de las demás formas del art. 565.

en su totalidad en aquellos otros delitos del mismo capítulo en que se emplean los términos "a sabiendas" ó "maliciosamente" (1.333), no es objeto de consideración de la mayor parte de la doctrina. Esta, unánimemente, entiende que los aludidos términos, más en particular el "a sabiendas", que es el que aquí interesa, en relación a los tipos de prevaricación que lo contienen requiere los elementos de conocimiento y voluntad propios del dolo (1.334), con la consecuencia de excluir cualquier for

-
- (1.333) "Derecho Penal. Parte Especial" cit., pg. 175.
- (1.334) Así se manifiestan, AURIOLES, "Instituciones del Derecho Penal..." cit., pgs. 196 y 197; PACHECO, "Código penal concordado y comentado...." cit., T. II, pgs. 401-401; SELVA, "comentarios del Código Penal ..." Cit., pgs. 157-158; VIADA, "Código Penal reformado de 1870.." cit., T.II pg. 533; BENITO, "Elementos de Derecho Penal", Madrid, 1901, pg. 302; LANGLE, "Código Penal de 17 de junio de 1870, reformado por las leyes dictadas posteriormente hasta el día. Anotado.....", Madrid, Hijos de Reus Editores,, 1915, pgs. 411-412; TEJERA, "La prevaricación..." cit., pgs. 154 y 208; CUELLO CALON, "El nuevo Código Penal Español ..." cit., T.II, pgs. 297-298 y 307; el mismo, "Parte Especial" T. II Vol. I cit., pgs. 399, 402 y 405; JARAMILLO, "Novísimo Código Penal, comentado y cotejado con el de 1870" vol. II, cit., pg. 120; ANTON, "Derecho Penal" 1929, cit., pg. 142; SANCHEZ TEJERINA, "Código Penal Anotado" cit., pg. 395; el mismo, "Derecho Penal Español" cit., pg. 182; JASO, "Parte Especial" cit., pg. 196; FERRER, "Comentarios...." T. IV cit., pgs. 67 y 81-82; AMUNATEGUI, "Maliciosamente" y "a sabiendas" en el Código Penal Chileno", Universidad de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1961, pgs. 62-64, pues, pese a estimar que aisladamente considerados los términos "maliciosamente" y "a sabiendas" tienen un significado distinto (conocimiento y voluntad el primero y sólo conocimiento el segundo: ob. cit., pg. 61-62), entiende que en el conjunto del código cumple una función idéntica (ob.cit., pgs. 62-64; V. también pg. 38);

ma culposa (1.335) e incluso, según algunos autores, el dolo eventual (1.336) *

B) La expresión "a sabiendas" significa propiamente conocimiento (1.337). Sin embargo, si se atiende a algunos precedentes que ha recogido la doctrina, se puede decir, que, además de ello, incluye también intención. Así, resalta TOMAS Y VALIENTE, al analizar en las leyes históricas los conceptos legales de "dolo, culpa y caso fortuito" que, ya las Partidas distinguían entre delito cometido "a sabien-

-
- (1.334)....JIMENEZ DE ASUA, "Tratado de Derecho Penal", T. III, 3^a ed., cit., pgs. 837 y 891 y T.V., "La culpabilidad" 2^a ed., Buenos Aires, Losada, 1963, pag. 348 y 364; QUINTANO, "Comentarios..." 2^a ed., cit., pgs. 694-695; PUIG PEÑA, "Derecho Penal" T.III: "Parte Especial" cit., pgs. 407-408; RODRIGUEZ DEVESA, "Parte Especial" cit., pg. 1.001; el mismo, con carácter general respecto del término en todo el código, "Parte General" cit., pg. 399; MUÑOZ CONDE, "Parte Especial" cit., pgs. 660 y 661 i.f.
- (1.335) AURIOLES, ob. y pgs. cit.; PACHECO, ob. y pg. cit.; TEJERA, ob. cit. pg. 154; FERRER, ob. cit., pg. 61.
- (1.336) JASO, ob. y pg. cit.; RODRIGUEZ DEVESA, "Parte Especial" cit., pg. 1.000 y "Parte General" cit., pg. 414; MUÑOZ CONDE, ob. cit., pg. 660. La jurisprudencia (en muchas ocasiones con notables deficiencias técnicas), se expresa así sobre esta materia: equipara "a sabiendas" a "intención" (9-X-1872); "...a sabiendas, o lo que es lo mismo, con malicia de ejecutar un acción reprobada" (8-X-1879); son precisos "actos de parte de cada uno de los procesados que conocidamente exteriorizasen el de conciencias, que con la palabra a sabiendas, ha significado la ley..." (misma sent. anterior; en el mismo sentido, 11-II-1879 y 20-XI-1879) "...a sabiendas, o sea, con el convencimiento de que se ejecuta una acción reprobada" (11-II-1879); "a sabiendas y con perfecto y decidido conocimiento de que entrañaba mera injusticia" (25-V-1885); se rechaza la calificación del Tribunal inferior porque "nada se dice en el auto recurrido que indique procediera con malicia ni a sabiendas de infracción de sus deberes" (7-III-1895; igual, 30-XI-1900); resulta poco inteligible la S.T.S. de 3-XII-1896 cuando dice que es "inexcusable la ignorancia de quien obrando a sabiendas desconoce o prescinde de preceptos tan terminantes como

das" (también se dice "de grádo" ó "maliciosamente"), delito en el que interviene "culpa" y delito "por ocasión" (1.338) y cita como "VIZCAINO distingue entre homicidio "injusto", "justo" y "casual"; "el injusto es cuando un hombre quita la vida a otro con deliberada intención que la ley llama a sabiendas o con malicia" (1.339). El "a sabiendas"

(1.336).... los de los artículo 62 y siguientes de la Instrucción de 12-V-1.888, que tenía el deber de aplicar como tal agente"; el "a sabiendas", "...es un elemento moral del delito, derivado de un estado de conciencia del recurrente..." (3.VIII-1889); "a sabiendas,.. .. es decir, con intención dolosa y culpable, con pleno conocimiento de que al hacerlo ejecutaba un acto injusto..." (5-X-1906); "...ánimo deliberado de faltar a la justicia..." (14-V-1914); "...el propósito e intención deliberada de faltar a la justicia..." (14-V-1929; igual la de 22-XII-1941); "...conciencia e intención de faltar a la justicia" (28-II-1936); "a sabiendas" significa actuar con "malicia, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto..." (13-I-1948); "conciencia de la ilegalidad o arbitrariedad" de la resolución (30-XII-1972); este elemento concurre al comprobarse la "maliciosa finalidad" del sujeto (misma sent. anterior). Sobre el mismo termino en la prevaricación judicial, V. S.S. T.S. de 29-I-1883; 14-X-1884; 28-XII-1885; 25-V-1889; 28-III-1896; 10-I-1900; 27-II-1909; 16-V-1910; 31-I-1914; 10-III-1914; 13-XII-1919; 28-I-1929.

(1.337) Cfr. SUAREZ MONTES, "El cheque en descubierto" cit., pg. 50.

(1.338) "De estas tres formas -sigue diciendo- se habla en materia de homicidio, del cual se enumeran como "maneras" en que puede darse" ("El derecho penal de la monarquía absoluta" cit., pg. 305; cfr. RODRIGUEZ DEVESA, "Parte General" cit., pg. 399, n. 59 y AMUNATEGUI, "Maliciosamente" y "A sabiendas..." cit., pgs. 38-39. SUAREZ MONTES, "El cheque en descubierto" cit., pg. 50, n. 65, cita las leyes VII, VIII, IX, X, XI, del Tít. VIII, Partida VII en que se usa la expresión "a sabiendas".

(1.339) Vicente VIZCAINO PEREZ, "Código y práctica criminal arreglado a las leyes de España", "Madrid, 1.797, T.I, pgs. 295-301, citado por TOMAS y VALIENTE, "El derecho penal de la monarquía absoluta..." cit., pg. 309 y pg. 310 n. 34. Según RODRIGUEZ DEVESA, "Vizcaíno... pg. 295, equipara deliberada intención con 'a sabiendas' y con malicia'" ("Parte General" cit., pg. 399, n. 59).

se convierte así, como dice QUINTANO, en una "castiza expresión" (1.340) del dolo; casticismo que nada quita a la adversa crítica de RODRIGUEZ DEVESA de que "se trata de una muestra más de la imprecisión técnica del código, que ha heredado la multivocidad que para el dolo empleaban las fuentes antiguas" (1.341).

Pese a tales precedentes, la Comisión de las Cortes en cargada de la redacción del que sería código penal de 1822, incluyó en el art. 1º (definición del delito) del proyecto, la expresión "a sabiendas" "como distinta de" voluntariamente" y de "mala intención" (1.342), queriendo significar con ella, al parecer, exclusivamente un conocimiento: "un saber referido al hecho concreto que se realiza", el "conocimiento necesario al dolo", el "conocimiento de las circunstancias específicas del acto", según entiende J.CUELLO CONTRERAS (1.343) (1.344).

Lo que, efectivamente, pueden constatar, a mi entender, sobre el tenor de las discusiones tenidas al respecto en las Cortes (1.345). La expresión, sin embargo, no supera

(1.340) "Comentarios....." 2ª ed. cit, pg. 695.

(1.341) "Parte General" cit. pg. 399.

(1.342) El art. 1º del proyecto decía: "Es delito todo acto cometido u omitido voluntariamente y a sabiendas, con mala intención y con violación de la ley"

(1.343) "Análisis de un informe anónimo..." cit., pags.

(1.344) 93 y 94, respectivamente. En su opinión, "el a sabiendas es un añadido a la voluntariedad que implica un saber referido al hecho concreto que se realiza. Porque -añade, citando el Diario de Sesiones de las Cortes- puede cometerla una persona que aunque obre voluntariamente no sepa en el acto lo que se hace, o no conoce el fin o las circunstancias de la acción. (conocimiento necesario al dolo)". "Se trata -sigue diciendo el propio autor, demostrando con ello, pese al contenido puramente cognoscitivo que ha atribuido a la expresión, el elemento volitivo que, al mismo tiempo, implícita la misma- de un querer realizar el acto más específico que la voluntariedad del requisito primero" (ob. cit., pg. 93). Más adelante, indica que "la diferencia del 'con mala intención' respecto al 'a sabiendas', está, según CALATRAVA en que mientras el a sabiendas parece estar referido a la pura materialidad del acto (conocimiento de las circunstancias específicas del acto) la mala intención parece transcender dicho límite y abarcar el fin (violar la ley) o las consecuencias (hacer daño a alguien). En mi opinión, el conocimiento implícito en la mala intención se identifica con el conocimiento inherente al juicio de antijuridicidad..." (ob. cit., pg. 94). Sobre el "a sabiendas" todavía destaca que "para los autores del Proyecto, la inclusión del término a sabiendas cumple una finalidad muy específica, precisar el elemento voluntaria; pues siendo este tan amplio como para abarcar en su seno la acción de un inimputable, excluyendo, solamente, los supuestos en que ni siquiera puede hablarse de acción, la inclusión de tal característica es la de permitir excluir las conductas delictivas de los inimputables" (ob. cit., pág. 94).

(1.345) A título de ejemplo, V. la siguiente intervención del miembro de la Comisión CALATRAVA, en la Sesión del 25-IX-1821 ("Diario de las Discusiones y Actas de las Cortes Extraordinarias de 1.821", T.II, Madrid, Imprenta Nacional, 1822, pgs. 962-963): ".... El T.S. de Justicia quisiera que en la definición de delito del art. 1º se omitiera la palabra "a sabiendas" porque dice que puede dar lugar a la impunidad en ciertos casos: que si es voluntario el delito, no puede menos de cometerse "a sabiendas"; y que si por esto se entiende la necesidad de que el delincuente sepa que obra contra la ley, parece contrario al art. 10, que excluye la ignorancia, observando además que unos delitos, como el de rebelión, no exige el proyecto la circunstancia de a sabiendas, y en otros si, y que es mejor presumir que el delincuente obra siempre con conocimiento,

(1.345)....a menos que se pruebe convincentemente lo contrario.... La Audiencia de Madrid dice que la definición de delito y culpa no toca al C.p., sino a un tratado de jurisprudencia; pero que si no se cree conveniente excluir estos arts., deben suprimirse las palabras "a sabiendas" y "con mala intención", porque supuesto que el delito es un acto voluntario, es un pleonismo añadir "a sabiendas" lo cual es sinónimo de voluntario; y que el exigir la "mala intención" puede traer fatales consecuencias, debiendo bastar la violación voluntaria, sin necesidad de indagar la intención, lo cual puede favorecer a los fanáticos y supersticiosos.... La comisión....se limitará a exponer las razones que ha tenido presentes para la definición que ha adoptado, tomándola en las doctrinas de escrito - res recomendables, y de lo mismo que está reconocido en nuestras leyes. Esta definición es sustancialmente igual a la que da de delito nuestra ley de Partida, la cual, como saben todos los Srs. Diputados, le llama "yerro que los homes facen a sabiendas y con mala intención"; expresiones que por ser tan castizas y conocidas entre nosotros, han parecido preferibles a las que proponen algunos de los informantes, siguiendo la opinión de Filangieri, que define el delito: "violación de la ley con voluntad de violarla.

La comisión tiene por más exacta en la segunda parte la definición de la ley de Partida, porque encuentra esta diferencia: un delincuente no puede serlo sin que obre a sabiendas y con mala intención; pero puede serlo muy bien sin voluntad de violar la ley, a lo menos sin voluntad explícita, porque puede suceder y sucede frecuentísimamente, que el delincuente al cometer un delito no sabe siquiera que existe una Ley que lo prohíbe, aunque sepa que comete una mala acción. Puede suceder que no tenga la voluntad de violar la ley, y que sin embargo tenga toda la malicia que basta para constituirlo delincuente. Un ladrón, p. ej., pocas veces se acordará en sus robos de la ley que lo prohíbe, y por consiguiente, no es el violarla lo que quiere, sino satisfacer su mala inclinación y aprovecharse del robo.

Cuatro circunstancias principales son las que cree la Comisión que constituyen el delito:.....3^a: a la acción u omisión voluntaria contraria a la ley debe acompañar otra circunstancia que en concepto de la comisión es no menos esencial para constituir el delito, a saber: que la acción u omisión sea cometida con conocimiento o a sabiendas, es decir, no precisamente sabiendo que hay una ley contraria, porque esa ciencia es indiferente en nuestro concepto para constituir el delito, y porque, como dice bien

- (1.345)el T.S. de Justicia, sería esto una contradicción con lo que se dispone en el art. 10, si no a sabiendas de que se comete u omite aquel acto, esto es, que el acto contrario a la ley esa cometido u omitido por quien sepa lo que ha ce, por quien obra con conocimiento de que obra.
- Dicen algunos de los informantes que la acción voluntaria supone siempre el ser cometido a sabiendas. Yo creo que no, y lo creen publicistas muy respetables, y lo creen también, como hemos visto, nuestras mismas leyes. Puede muy bien la acción ser voluntaria, esto es, cometida libre y espontáneamente, sin fuerza ni apremio, ni violencia alguna, y no ser a sabiendas, porque puede cometerla una persona que aunque obre voluntariamente, no sepa en el acto lo que se hace, o no conozca el fin y las circunstancias de la acción..."

ría las discusiones y fue retirada por la Comisión de la definición de delito; la razón fundamental estribó en la diferente manera de entenderla por parte de los demás diputados: para estos venía a significar el conocimiento que se tiene de la ley que se viola, lo que contradecía, en su opinión, al art. 10 del mismo Proyecto, en que se establecía que la ignorancia de la ley no excluía de su cumplimiento (1.346).

Actualmente, la expresión en análisis no la emplea el código penal solamente en los tipos de prevaricación (arts. 351, 352, 353, 354, 356 y 358), sino en otros muchos lugares (asi, arts. 204, 276, 277, 297, 300, 304, 307, 313, 333, 338, - 344 bis n° 4, 382, 412, 421, 452 bis d) 1°, 563 bis b 3°), y no siempre la doctrina le ha atribuido los mismos efectos (1.347). Con razón, a mi entender.

(1.346) Cfr. J. CUELLO, ob. cit., pg. 95. La coexistencia del termino "voluntariamente" (que permanecerá en el art. 1°, originando la controversia doctrinal de todos conocida) con el "a sabiendas" del párr. 1°, art. 358 y el específico tipo culposo del párr. 2° del propio art., originará extraños razonamientos; así, el de la S.T.S. de 17-I-1885, cuando dice: "...en la sentencia recurrida no aparecen consignados hechos de los pueda inferirse que el Juez de A. haya dictado providencia ninguna injusta en el expediente de apremio contra los morosos ni a sabiendas ni por negligencia o ignorancia inexcusable, pues si entre quince de aquellos dejó de notificarse a uno la providencia de apremio de segundo grado, afirmaba el Tribunal sentenciador que esta omisión no fué intencional o maliciosa y si más bien debida a un descuido involuntario, en cuyo supuesto no cabe apreciarla como elemento constitutivo de delito alguno, puesto que las acciones y omisiones penadas por la ley han de ser voluntarias para que puedan ser castigadas como delitos, y que el descuido involuntario no significa siempre la negligencia inexcusable que cuando menos requiere el art. 369 (actual 358) del Código penal, que como infringido cita el recurrente...".

(1.347) Cfr. SUAREZ MONTES, "El cheque en descubierto", cit., pg. 49.

C) Un primer paso, consiste en establecer el alcance que el conocimiento (que, como ya se ha dicho, es lo que propiamente expresa el "a sabiendas") así exigido por el tipo, tiene en relación a los demás elementos típicos. Es decir, si se exige que todas o sólo algunas de las características del tipo estén abarcadas por él (1.348). A este respecto, el art. 358, párrafo primero, no deja, en mi opinión, lugar a duda: el funcionario público tiene que conocer que dicta una resolución injusta en asunto administrativo, es decir, todos y cada uno de estos elementos.

Ello significa, por lo pronto, la exclusión de la culpa inconsciente (1.349). Pero, ¿implica también la inadmisión de la culpa con representación y del dolo eventual?

a) Desde el punto de vista de la doctrina (1.350), que

(1.348) Como ha resaltado R. MOURULLO para el "a sabiendas" del art. 338 del C.p., respecto al que concluye que "la exigencia de este conocimiento se anuda, en el art. 338, únicamente a la simulación" y "no se vincula, en cambio, a las restantes características del tipo", "de modo particular conviene observar que no se refiere para nada al resultado", de lo que extrae importantes consecuencias al efecto de admisión del dolo eventual ("la simulación de delito", Separata de la RGLJ, diciembre de 1.966, Madrid, Reus S.A., pgs.35-36.

(1.349) Cfr. la idéntica conclusión a que llegan DEL ROSAL, COBO y R.MOURULLO, respecto al "a sabiendas" del art. 412, ("Derecho Penal Español-Parte Especial-Delitos contra las personas" cit., pg. 391).

(1.350) Me refiero, claro es, a la doctrina española. Sobre el § 336 StGB, la doctrina alemana debate ampliamente si cabe o no el dolo eventual; obviamente, no existe discusión sobre si cabe la culpa (con o sin representación), en todo caso impune en ese derecho por ausencia del correspondiente tipo específico. En cuanto al dolo eventual, se suele considerar dominante la corriente negadora, cuyos argumentos fundamentales son de dos clases: 1º) que el § 336 exige

(1.350).... el "propósito" de otorgar una ventaja u ocasionar un perjuicio a una parte y 2º) que resulta precisa la exigencia de dolo directo como garantía de -- protección de la independencia judicial, pues, teniendo el juez la obligación de decidir en todo caso, puede errar en los casos de interpretación dudosa y, en consecuencia, siempre corre el peligro de ser sospechoso de haber decidido injustamente con dolo eventual. Respecto a lo primero, ya se ha visto la apreciación de MAURACH, pese a que este autor niega el dolo eventual (V. también, p.ej., en el mismo sentido pero admitiendo el dolo eventual, MUSIELAK, "Die Rechtsbeugung..." cit., pg. 77). En cuanto a lo segundo, se contrargumenta doblemente: 1º) que la -- "Rechtsbeugung" no se refiere en todo caso a jueces profesionales e independientes, sino que también pueden cometerla jueces de paz (no profesionales) y funcionarios administrativos (que son dependientes); 2º) que el dolo eventual no existe por la sola emergencia de dudas, sino que es menester la "aceptación" del eventual resultado (teoría de la voluntad o del consentimiento) o la "probabilidad" de que conforme al conocimiento del sujeto tal resultado se produzca (teoría de la probabilidad o de la representación) (V. para estos contrargumentos, SEEBODE, "Rechtsblindheit...." cit., pg. 207). Partidarios de la exclusión del dolo eventual, son, p.ej., BINDING, "Lehrbuch...", B.T. cit., pg. 563; NIETHAMMER, "Lehrbuch B.T. cit., pg. 409; HAVER, "Rechtsbeugung im Steuerverwaltungsverfahren" en NJW, 1956, II, pg. 1.095; KOHLRAUSCH-LANGE, "Strafgesetzbuch..." cit., pg. 682; MAURACH, "Deutsches Strafrecht B.T." cit., pg. 759; CRAMER, en "Schönke-Schröder Strafgesetzbuch Kommentar" 18. Aufl., cit., pg. 1.797. Patrocinan la admisión del dolo eventual, p.ej., TREPPER, "Richterbestechung und -- Rechtsbeugung..." cit., pg. 76; SWARZENSKI, "Fahrlässige Rechtsbeugung..." cit., pgs. 242-243; HENNING, "Die Rechtsbeugung..." cit., pg. 61; WACKER, "Die -- Rechtsbeugung..." cit., pg. 60; R. SCHMIDT, "Politische Rechtsbeugung und Richteranklage" en J.V., 1948 pg. 76; MUSIELAK, "Die Rechtsbeugung..." cit., pg. 76; SEEBODE, "Rechtsblindheit..." cit., pg. 207; HERDEGEN, "Leipziger Kommentar" cit., 9. Aufl., pg. 36; BEMMANN, "Wie muss der Rechtsbeugungsvorsatz beschaffen sein?", cit., pgs. 547 y s.s.; SPENDEL, "Justizmord..." cit., pg. 541; SCHREIBER, "Probleme der Rechtsbeugung" cit. pg. 203 y s.s.; V. una postura intermedia en SARSTEDT, "Fragen zur Rechtsbeugung" cit. pgs. 435 y s.s..

ha versado sobre los delitos de prevaricación la cuestión, como se ha visto, es clara: unanimemente (1.351) se entiende que el "a sabiendas" requiere el conocimiento y la voluntad propios del dolo directo. Si se exige esa voluntad (la del dolo directo), su efecto inmediato es el rechazo de la culpa consciente, y, también, del dolo eventual - (1.352).

(1.351) La única excepción que se me alcanza es la de ORTIZ DE ZUÑIGA Y CASTRO, y aún ella es, en parte, ambigua. Según estos autores, "Dos circunstancias esenciales deben concurrir para que se considere ejecutado el delito de que trata el presente artículo (se refieren al entonces art. 262, actuales 251 y ss.) : la injusticia de la sentencia y la de que esta injusticia se haya cometido a sabiendas, esto es, no por error o equivocación involuntaria, sino con pleno conocimiento de que el fallo es injusto. ... El modo adverbial "a sabiendas" es una adición saludable puesta en este artículo, y en el 263 (prevaricación de funcionarios administrativos) para no castigar tan severamente como en él se hace los errores del entendimiento; pero si un juez debe saber por razón de su oficio las leyes, ¿cuándo, y en qué casos de infracción manifiesta de las mismas se podrá reputar que no ha procedido "a sabiendas"? Claro es que solo debe creerse esto último en aquellos casos en que la ley no le haya sido citada, o recordada siquiera, y en que por ningún concepto se pueda sospechar parcialidad o malicia en su conducta; juicio arduo para el cual no es fácil establecer "a priori" reglas generales" ("C. p. explicado..." cit., pg. 184.

E. CUELLO, por su parte, al hablar del art. 351 señala que es elemento de este delito "que la sentencia se dicte a sabiendas, con conciencia de que el fallo es injusto" y sigue diciendo que "la jurisprudencia exige la intención deliberada de faltar a la justicia, más no creo precisa la concurrencia de este dolo específico pues la ley no lo exige, basta que el juez proceda con conciencia de la injusticia del fallo" ("Derecho Penal, T.II, Parte Especial" cit., vol. I, 12 ed., pg. 339); sin embargo, inmediatamente añade: "La intención delictuosa característica de este delito es menester que se pruebe de manera que no deje lugar a duda" (ob. y

- b) Desde el punto de vista histórico, es evidente el intento de excluir, precisamente a través de la introducción en el tipo de elemento subjetivo "a sabiendas", cualquier forma de culpa. Se repite aquí el mismo esquema del proceso mental que llevó, en la reforma de 1.870, a tipificar en el párrafo 2º la "negligencia o ignorancia inexcusable" con el propósito de dejar fuera de la incriminación otras formas de culpa que no fueran las más graves de ellas: lo que se persigue con el "a sabiendas" es trazar un límite (1.353) de incriminación que rechace, como atípicas, todas las posibilidades --

(1.351)....pgs. cit.,; los subrayados son míos, y más adelante (comentado el art. 356) dice: "Como expresa la locución a sabiendas, es menester la concurrencia de dolo-conciencia de la injusticia y voluntad de cometer en hecho en caso contrario no hay delito" (Ob. cit., pg. 402); en el mismo sentido, ob. cit. pgs. 404-405 en relación al art. 358, párr. 1º, don de equipara "a sabiendas" y "malicia".--pg. 405, n. 17).

(1.352) Esto último tanto si se parte de la "teoría del consentimiento" como de la "teoría de la probabilidad". Para aquella lo característico del dolo eventual es, precisamente, que la voluntad es distinta de la del dolo directo, para esta porque ni siquiera se requiere voluntad (V. GIMBERNAT, "Acerca del dolo eventual", en "Estudios de Derecho Penal", Madrid, Civitas, 1976, pgs. 141 y s.s.).

(1.353) Cfr. SUAREZ MONTES, "El cheque en descubierto" cit., pg. 49.

culposas (1.354).

- c) Teniendo presentes los anteriores datos, conviene ahora enfrentarse de nuevo con el tipo, desprovistos de prejuicios.

(1.354) En este sentido, V.AURIOLES, "Instituciones..." cit., pgs. 196-197; PACHECO, "Código penal concordado y comentado..." cit., T-II, pg. 401; SELVA, "Comentarios al Código Penal..." cit., pgs. 157-158; VIADA, "C.p. reformado de 1.870..." cit., T-II, pag. 533; LANGLE, "C.p. de 17 de junio de 1.870..." cit., pgs. 411-412; TEJERA, "La prevaricación..." cit., pgs. 154 y 208; JARAMILLO, "Novísimo C.P...." cit., T-II, pg. 120; ANTON, "Derecho Penal (obra ajustadaabogados del Estado)", cit., pg. 142; JASO, "Derecho Penal. Parte Especial" cit., pg. 196; FERRER, "Comentarios..." cit., T-IV, pg. 61; RODRIGUEZ DEVE SA, "Parte Especial", cit., pg. 1000 y "Parte General" cit., pg. 414; MUÑOZ CONDE, "Derecho Penal. Parte Especial" cit., pgs. 660 y 661. Para otros autores, el elemento "a sabiendas" cumple también otra función: la de constituir una excepción a la presunción de dolo, que, para todos los delitos en general, expresa el art. 1º C.p., a través de tal excepción no corresponde al acusado de prevaricación probar su ausencia de dolo, sino al acusador probar la presencia del mismo (inversión de la carga de la prueba implícita en dicho artículo 1º C.p.; en este sentido, AURIOLES, ob. cit., pg. 197; PACHECO, ob. y pos. cit., (Cfr. AMUNATEGUI, 'Maliciosamente' y 'A sabiendas'...." cit., pg. 38); TEJERA, ob. cit., pgs. 157 y s.s. y 208; JASO, ob. y pg. cit.; FERRER, ob. y pgs. cit.; AMUNATEGUI, ob. cit., pgs. 62-64; PUIG PEÑA, "Derecho Penal" T.III, "Parte Especial" cit., 6ª ed., pgs. 407-408. No me parece compartible esta última opinión: no solo por disentir de la interpretación que en ella se contiene del término "voluntarias" en cuanto a su objeto, sino por entender desmedida la eficacia procesal que se otorga a la presunción de voluntariedad (sobre este último extremo, V.R. MOURULLO, "La presunción legal de voluntariedad" Separata de ADPCP, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1965, pgs. 70-75 y 82-83).

Lo que el funcionario público tiene que saber, a tenor del art. 358 párrafo primero, es: de una parte, que está dictando una resolución en un asunto administrativo, de otra parte, que tal resolución es injusta (1.355).

Si el funcionario cree erróneamente que no está "dictando", sino por ejemplo, preparando la que en el futuro va a ser la resolución (por ejemplo, un borrador); si equivocadamente piensa que lo que está dictando no es una "resolución", si no, por ejemplo, un simple informe en el que se basará la futura decisión (resolución) de otro; si desacertadamente entiende que no es " en un asunto administrativo" donde dicta la resolución, sino que adopta una decisión en un ámbito puramente personal, ajeno a cualquier asunto administrativo que por su función conozca; es claro que

-
- (1.355) Respecto a la necesidad de que el sujeto tenga conciencia de su propia condición de funcionario público, V. las apreciaciones de GIMBERNAT sobre las opiniones de PLATZGUMMER, en "Acerca del dolo even - tual" cit., pg. 140 ("es muy posible que el funcionario que malversa no piense, al realizar el delito en esa cualidad personal suya, pero no por ello podrá alegar que ha actuado sin dolo respecto a su cualidad funcional") Por lo demás, normalmente, el funcionario será consciente de los elementos típicos "dictare", "resolución" y "en asunto administrativo" sólo de una forma muy amplia, pese a la que no podrá negar que han sido objeto de su doloso comportamiento, es decir, que (con las salvedades en que se pueda pensar de situaciones en que tenga una especial consciencia de ellos) serán casos de "no-consciencia" como los descritos por el autor austriaco (V.GIMBERNAT, ob. cit.,pg. 141); frente a lo que, en cambio, el elemento "injusta" parece exigir un más específico conocimiento. De aquí la distinción que trazo en el texto entre los elementos típicos objeto del conocimiento del funcionario.

no es a sabiendas como dicta resolución injusta; todo lo más, lo estará haciendo por negligencia o ignorancia, que, de ser inexcusables y desembocar en una manifiesta injusticia, le harán criminalmente responsable según el párrafo segundo del art. 358. Si, por otra parte, el funcionario aprecia incorrectamente la justicia de la resolución, siendo así que esta es injusta, evidentemente no es conociendo esta injusticia como ha dictado tal resolución; a lo más, si dicho desconocimiento proviene de no haber puesto siquiera la mínima diligencia debida en la averiguación de tal extremo o de la inexcusable ignorancia que al respecto padece y la resolución no solo es injusta, sino manifiestamente injusta, estará cometiendo una prevaricación del párrafo segundo del art. 358, pero no la del párrafo primero de la misma norma.

- d) Hasta aquí la cuestión aparece clara. Además, es en esta sede del conocimiento donde cobra relevancia toda la temática del error y del "convencimiento" que el funcionario tenga acerca de la justicia o injusticia de la resolución. Desde mi punto de vista, el invencible error sobre la justicia de la resolución, el inevitable "convencimiento" de que es justa al que conduce tal error, impide calificar dicha conducta como realizada "a sabiendas" (porque, efectivamente, no se "sabe") o "por negligencia o ignorancia inexcusables" (porque la inevitabilidad no se puede conjugar con unos elementos que estructuralmente demandan la evitabilidad). En cambio, el error vencible sobre la justicia de la resolución, que conduce a un "convencimiento" de que es justa que, sin embargo, puede evitarse, desde luego, impide afirmar que tal resolución ha sido dictada "a sabiendas" de su injusticia, pero no es obstáculo para

afirmar que, si el funcionario podía salir de ese error poniendo el cuidado, la diligencia o la atención exigibles al menos cuidadoso, diligente o atento de los funcionarios, y la injusticia de la resolución es manifiesta, ha cometido un delito del art. 358, párrafo segundo; no así, en cambio, si, para no incurrir en dicho error, había de poner un cuidado, diligencia o atención mayores que ese mínimo señalado o la injusticia de la resolución no es manifiesta; en estos casos la conducta es, de nuevo, penalmente irrelevante (aunque no necesariamente exenta de responsabilidad disciplinaria). Lo mismo cabe afirmar respecto a los posibles errores sobre los demás elementos típicos abarcados, respectivamente, por el "a sabien-
das" o por la "negligencia o ignorancia inexcusa-
bles".

Los dos supuestos más interesantes (por las mayores posibilidades especulativas que ofrecen) que pueden presentarse en este terreno son : 1º El funcionario que dicta una resolución objetivamente injusta con la total convicción de que ha adoptado una decisión ajustada a derecho. 2º El funcionario que, convencido de estar dictando una resolución objetivamente injusta, en realidad de-
cide en forma objetivamente correcta.

En el primer caso, presentes los elementos objetivos del tipo, existe un defecto en relación a la característica, también típica, "a sabien-
das", que imposibilita la imputación del delito del párrafo primero del art. 358, tanto si la equivocada convicción de estar actuando conforme a la legalidad proviene de un invencible error, cuanto si la misma se deriva de un error que pu-
do haberse evitado poniendo la diligencia debida.

Pero, esta última posibilidad ofrece la alternativa de imputar el delito del párrafo segundo del art. 358 si la omitida diligencia es aquella a la que alude la "negligencia o ignorancia inexcusable" a que se refiere dicho párrafo segundo del art. 358. Si no es así, tampoco el error vencible da lugar a punición alguna a título de prevaricación.

En el segundo caso, se está, como ya anteriormente he resaltado, ante un supuesto de "error al revés" impune. Sólo partiendo de una teoría subjetiva de la tentativa (que no tiene apoyo en parte alguna del ordenamiento penal español), se puede patrocinar la punición.

- e) Señalada, pues, la necesidad, en el párrafo primero del art. 358, de que el funcionario conozca todos los elementos típicos allí incluidos, la cuestión que se plantea respecto a la posibilidad de que dicho tipo admita la comisión por culpa consciente o con dolo eventual, es la de si tal conocimiento implica necesariamente un "querer" propio del dolo directo, o, por el contrario, no es así y, en este segundo caso, como repercute ello sobre la dimensión del propio conocimiento del que se ha partido. Y esto, porque, en efecto, ambas formas de culpabilidad (culpa con representación y dolo eventual) tienen un rasgo común "en el elemento negativo de no querer el resultado", diferenciándose, en cambio, en que es "estimado dicho resultado como improbable en la culpa, y como probable en el dolo"

(1.356) QUINTANO, "Derecho penal de la culpa" cit., pg.168. Cfr. GIMBERNAT, "Acerca del dolo eventual" cit.128; S. HUERTA, "Aborto con resultado muerte o lesiones graves" Madrid, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1977, pág. 112.

(1.356), probabilidad e improbabilidad que, si se parte de la no exigencia de voluntad en el dolo eventual, tienen que basarse en el conocimiento, por lo que será en función de la dimensión que a este último se otorgue como pueda precisarse la estimación de ambas (1.357).

Según lo anterior, la primera cuestión a dilucidar es si el dictar una resolución "sabiendo" que es injusta implica un "querer" dictar tal injusta resolución. Si ese conocimiento es cierto, es evidente la respuesta afirmativa; el sujeto actúa con el conocimiento y la voluntad propios del dolo directo (1.358).

(1.357) Conforme se ve en el texto, ante la tradicional opción entre teoría del consentimiento y teoría de la probabilidad, he preferido seguir esta última.

No debe olvidarse, sin embargo, que partiendo de los presupuestos de determinadas corrientes que algunos autores han incluido entre las propias de la doctrina de la probabilidad (V. GIMBERNAT, "Acerca del dolo eventual" cit., pg. 135-136 y n. 46 de esta última página), se llega, a mi juicio, a conclusiones realmente más próximas a la teoría de la voluntad. De otra parte, el estudio de la cuestión desde la perspectiva finalista puede llevar a la no diferenciación entre dolo eventual y culpa consciente (desde planteamientos, por lo tanto, distintos de los que han conducido a parte de la doctrina española a la conclusión de que sobre el C.p., el dolo eventual debe encuadrarse en la imprudencia temeraria del art. 565). En efecto: V. Ampliación de Nota VII.

(1.358) Cfr. SUAREZ MONTES, "El cheque en descubierto" cit., pg. 50.

Pero, el punto clave todavía no es ese, si nó el ulterior interrogante que inmediatamente suscita: ¿ la expresión "a sabiendas" demanda un conocimiento dotado de tales características?

En este terreno, SUAREZ MONTES, al estudiar el alcance de la expresión "a sabiendas" que, tras la reforma de 1.963, figuraba en el párrafo 1º del entonces art. 535 bis que disciplinaba el delito de cheque en descubierto, concluía que "la expresión equivale, pues, a tener conocimiento, conciencia o advertencia de algo, pero sin prejuzgar el grado de certidumbre de ese conocimiento". (1.359).

Creo perfectamente compartible esta opinión y patrocিনable respecto a la idéntica expresión del párrafo primero del art. 358. Ello supone, como resalta el citado autor, que analizar el grado de certidumbre del conocimiento, "es ya una cuestión distinta" de la afirmación de que el sujeto ha de poseer un "conocimiento, conciencia o advertencia". Una cuestión distinta, pero compatible con esta última: se afirma la necesidad de que el sujeto "conozca", para que exista el tipo, pero se analiza ulteriormente la "certidumbre" que exige tal conocimiento para que el tipo siga subsistiendo. Lo que significa que "nos encontramos ante el problema general del deslinde entre el dolo y la culpa, o si se prefiere entre el dolo eventual y la culpa consciente" (1.360).

(1.359) "El cheque en descubierto" cit., pg. 50.

(1.360) Ob. y pg. cits., El autor concluye que aunque el "a sabiendas" rechaza la culpa consciente, admite

Esta es, pues, la función del "a sabiendas" trazar una frontera entre todo lo doloso (incluido el dolo eventual) que forma parte del tipo del párrafo primero del art. 358, y todo lo culposo (sea consciente o inconsciente), parte del cual (su forma más grave) se recoge en el párrafo segundo de la misma norma, siendo el resto in diferente a los efectos penales.

(1.360).... el dolo eventual. Modificado el precepto por L. 15-XI-1.971, el cheque en descubierto pasa al art. 563 bis b) del C.p., cuyo nº3 tipifica la conducta de "el tomador del efecto que lo entregare a otro con cualquier fin, a sabiendas de su falta de cobertura". Para QUINTERO, el "a sabiendas" es un elemento subjetivo del injusto, que supone que el tomador "debe endosar el cheque o talón con la certeza de que el tercero que lo reciba no podrá hacerlo efectivo. Esto supone -sigue diciendo- que no puede cometerse la infracción con "dolo eventual". "A falta de dicha certeza -termina- la conducta se transforma en atípica, pues, a nuestro juicio, la "malicia" a la que se refiere el art. 565 no incluye a los elementos subjetivos del in justo: la ausencia de estos no supone "falta de malicia", sino "falta de tipicidad" ("El nuevo delito de cheque en descubierto (art.563 bis b) del C.p.)", Separata de la RGLJ, diciembre de 1972, Madrid, Reus S.A., pgs. 42-43; entrecomillados en el original, subrayados míos.). La opinión (al márgen de las afirmaciones generales que contiene so bre el juego de los elementos subjetivos del in justo, que entiendo correctas), me parece, por lo menos, dudosa: según ella, cuando el tomador endosa el cheque o talón contando con la imposibilidad de que el tercero que lo recibe pueda hacerlo efectivo, esto es, sin la "certeza" de que esto ocurra, su conducta es atípica, porque el tomador no ha obrado "a sabiendas". Esto supone colocarse, en buen número de casos, de espaldas a la realidad. A una realidad que nos muestra la rapidez, abundancia y superposición con otras formas de movimiento dinerario en general, del tráfico de cheques o talones mantenido por muchas personas, que solo llevando una escrupulosa, y no ya cotidiana, sino de mucha menor frecuencia, contabilidad, no sólo pro pia sino de la entidad de depósito en que tenga los fondos (contando, pues, p.ej. con los intereses en ella producidos y con las comisiones por ella devengadas), podrá tener la certeza en el mo

- f) A tenor del párrafo primero del art. 358, el funcionario público tiene que actuar "a sabiendas" de que la resolución es injusta. Que tal exigencia admita o no el dolo eventual y la culpa consciente depende de la respuesta que se de a estas dos cuestiones: ¿ actúa "a sabiendas" el funcionario público que habiéndose representado la injusticia de la resolución y pese a no "querer" directamente que de su actuación se derive tal resolución injusta, sin embargo, "cuenta con" (1.361) la producción de la misma ? ¿ ocurre lo propio si, en las mismas condiciones, el funcionario no "cuenta con" tal acaecimiento, sino que le parece "improbable" la producción de la resolución injusta?.

En mi opinión, debe responderse positivamente a la primera pregunta y negativamente a la segunda; es decir, admitir que el "a sabiendas" comprende el dolo eventual y rechazar que abarque la culpa con re presentación.

Creo que cuando al funcionario la parece "probable", conforme a su conocimiento, que la resolución sea injusta y esta efectivamente lo es, no puede decirse que ha obrado sin "saber" que la resolución es injusta, mientras que no creo que actúe "sabiendo" que la resolución es injusta el funcionario al que solo "improbablemente" le parece que ello sea así.

(1.360)... mento del endoso del cheque o talón de que no existe cobertura de los mismos. En mi opinión, si al tomador le ha parecido probable que tal cobertura falte cuando ha efectuado el endoso, es que ha actuado "a sabiendas" de la falta de cobertura. No en cambio, si le parece improbable que tal cosa se produzca. En suma, entiendo posible el dolo eventual pero no la culpa consciente.

Las consecuencias de rechazar el dolo eventual en el párrafo primero del art. 358 serían las siguientes :

1a. Habría que admitir una de estas dos cosas: o que los funcionarios públicos pueden en todos los casos conocer absolutamente la objetiva justicia de las resoluciones o que en el momento en que una materia ofreciera resistencia, margen de duda, a un conocimiento objetivo, la prevaricación se haría im posible por atípica.

2a. Aún admitiendo la posibilidad de que siempre es absoluta y objetivamente cognoscible la injusticia de las resoluciones administrativas, no habría delito de prevaricación del párrafo primero del art. 358 C.p. en el momento en el que el funcionario dudase de lo acertado de su conocimiento porque estaría ausente el elemento típico "a sa-biendas".

(1.361) Esta última expresión es de WELZEL, compartida por GIMBERNAT, "Acerca del dolo eventual" cit., pg.146, n.72. Previamente matiza el autor español que de entre los dos posibles sentidos del "contar con" (de deseo o neutro), "como criterio para el dolo eventual, "contar con" se emplea en sentido neutro" (ob.cit.pg. 136, n. 45; el subrayado en el original). Con mayor razón, a mi entender, había que hacer una similar aclaración respecto a la expresión, también welzeniana y recogida por GIMBERNAT, con que se concluye la existencia de la culpa con representación; el autor "confía en que" el resultado no se producirá. De ahí que no me decida a emplearla en el texto. En realidad, nos encontramos, a mi juicio, en una zona sumamente difusa del conocimiento en que no se sabe en qué medida (incluso inconsciente) ha comenzado ya a operar la voluntad o, siquiera, si ésta ha operado de alguna forma. Pretender, según la teoría de la probabilidad, la exclusiva presencia del conocimiento, de un conocimiento aséptico, incontaminado de todo deseo, de cualquier forma volitiva dirigida al resultado, me parece sumamente difícil. Pero, en todo ca-so, menos engañoso que el procedimiento seguido por la doctrina del consentimiento, basado en el presu-

3ª. El art. 358 C.p. estaría tipificando, por un lado, la prevaricación con dolo directo (párrafo primero) y, por otro, la prevaricación culposa (consciente o inconsciente) más grave (párrafo segundo), convirtiendo, por eliminación, en atípica (siendo así que la conducta descrita en sí misma no la rechaza) la prevaricación realizada con dolo eventual. Ante ello no habría más que dos salidas: o afirmar la existencia de una laguna legal (1.362) o, para negar aquella, admitir que en nuestro derecho lo que procede es la inclusión en los casos de dolus eventualis en la imprudencia temeraria del párrafo primero del art. 565 (1.363), en nuestro caso, respecto a la prevaricación administrativa, en el párrafo segundo del art. 358. Opción

(1.361)... puesto artificioso de que "el juez se plantee por el sujeto activo lo que este nunca se planteó (considerar como cierto lo que solo le pareció probable) y que conteste por ese sujeto lo que este nunca contestó a la cuestión por él nunca planteada (si imaginando el resultado como seguro, habría o no actuado" (GIMBERNAT, "Acerca del dolo eventual" cit., pg.138).

(1.362) Sin base histórica alguna, pues los pasos dados en la legislación son: 1º) Separar todo lo doloso (punible) de lo culposo (impune), lo que, puesto que lo abarca su primer término, no supone exclusión del dolo eventual, y 2º) Separar las más graves manifestaciones culposas (punibles), de las demás (impunes), lo que para nada afecta al dolo eventual.

(1.363) RODRIGUEZ MUÑOZ, "Notas" al "Tratado" de Mezguer, T.II, cit., pg. 169; Cfr. FERRER, "Comentarios..." cit., T.I, pgs. 33-34; R. DEVESA, "Parte General. cit., 5a. ed. y pg. 400.

ante la que me decanto por su primera posibilidad al no compartir la opinión que incluye el dolo eventual en los márgenes de la imprudencia temeraria (1.364).

La insatisfacción de cada una de las anteriores consecuencias, las convierte en tres razones más que apoyan la tesis de la admisión del dolo eventual en el párrafo primero del art. 358 C.p. (1.365).

Por el contrario, todo el conjunto de razones gramaticales, lógicas, teleológicas, históricas y doctrinales, lleva a rechazar la admisión de la culpa con representación en los citados párrafo y artículo.

- g) La admisión del dolo eventual en el párrafo primero del art. 358, constituye, sin embargo, una llamada de atención hacia las precauciones con que se debe operar al aplicar el criterio objetivo de determinación de la injusticia en la resolución.

(1.364) No me extenderé sobre ello por ser un debate cuyos términos son ampliamente conocidos. En el sentido del texto se pronuncian, p.ej., GIMBERNAT, "Acerca del dolo eventual" cit., pg. 146 y autores allí citados y S. HUERTA, "Aborto....." cit. pgs. 112-114.

(1.365) Ello muestra que, en dicha norma, el dolo eventual resulta admisible pese a que en ella el "a sabiendas" está referida a todas las demás características típicas. Con la consecuencia de que el razonamiento empleado por R. MOURULLO respecto a la simulación del delito del art. 338 (V. más atrás, n. 1.348) para la admisión en él del dolo eventual, no tiene argumento a contrario.

A ello ya me he referido antes, pero no estimo supérfluo insistir ahora. La existencia de una fórmula objetiva de alcance universal, que "mida" en cualquier caso la justicia o la injusticia de una resolución, no puede concebirse ni predicarse. Un criterio objetivo en la comprobación de la injusticia de la resolución, no puede construirse en términos absolutos, que son claramente inhumanos; la objetividad de la injusticia de la resolución, no implica la exigencia de solución única ("esto es correcto, esto es incorrecto"), sino que también admite matices, es flexible; no hay, en muchos casos, lo justo y lo injusto, sino zonas de justicia e injusticia, En definitiva; si, ciertamente, existen supuestos en que no cabe duda a la hora de afirmar si la resolución es o no justa, también hay otras situaciones en que la corrección o incorrección, conforme a derecho, de una resolución dada para unos hechos cuya apreciación también puede estar en un terreno de no seguridad absoluta, no puede afirmarse taxativamente. Ello no significa necesariamente, la sustitución del criterio objetivo por el completo subjetivismo de la "convicción" que el funcionario tenga respecto de lo que es o no ajustado a derecho, sino la admisión de la idea de que dentro de lo objetivo hay grados, que no hay una objetividad total por lo mismo que no hay un derecho dado inamovible.

De lo anterior se desprende, por lo pronto, que, en relación al tipo en exámen, el contenido de la locución "a sabiendas" debe atemperarse a las características con que se presente el "asunto administrativo" en que se dicta la resolución.

En segundo lugar, se deriva también que en esas situaciones en que (aparte la grosera injusticia: siempre de fácil constatación) existen dificultades a la hora de afirmar si la resolución (incluso después de ser dictada) es o no injusta, la mayor parte de las veces habrá que desechar la viabilidad del dolo eventual. Lo que cobra relevancia en tales situaciones es el deber del funcionario de apurar al máximo los medios y métodos científico-jurídicos de averiguación de ese extremo para, de este modo, hacer desaparecer ó, al menos, reducir a un mínimo ajeno a él, la posibilidad, por el conocida, de que la resolución sea injusta ó, como poco, la probabilidad, que igualmente se ha representado, de que ello suceda. De forma que si, pese a todo, se estima a posteriori que se ha producido ese resultado, nunca pueda imputarse a su consciente culpa o, menos aún, a haber actuado con dolo eventual.

Las situaciones límite acabadas de aludir se desenvuelven en el terreno de la incertidumbre. El terreno de la duda es el característico del dolo eventual, pero no en todos los casos lo implica. La duda, cierto es, cimienta el dolo eventual, más no lo construye. Para esto son necesarios otros elementos que, a la vez, lo conforman y lo delimitan de la siempre próxima, y también asentada en lo dudoso, culpa con representación. Tales elementos son, en primer término, la posibilidad de conocimiento de lo que, acaeciendo, va a integrar el tipo (la ausencia de este presupuesto, invalida cualquier desarrollo); en segundo lugar, hay que tener en cuenta también los elementos que aportan las distintas teorías sobre el dolo eventual y la culpa consciente que, simplificadoramente (y, en esta me-

dida, incorrectamente), se puede agrupar en torno a la teoría del consentimiento y la teoría de la probabilidad; teoría esta última que es la que aquí se ha seguido.

8. La segunda forma de entender el "manifiestamente injusta" del segundo párrafo del art. 358 C.p..

Conforme queda dicho, la común opinión penalista es que el término "manifiestamente" del párrafo segundo del art. 358 C.p. significa notorio, claro, evidente, etc... Frente a esta interpretación, puede esgrimirse otra nacida en algún sector de la doctrina administrativa al estudiar el idéntico término que la LPA emplea cuando se refiere a la nulidad de pleno derecho de los actos "dictados por órgano manifiestamente incompetente" (art. 47, 1, a), y cuando disciplina la revisión de oficio de los actos favorables "que infrinjan manifiestamente la ley" (art. 110,2 a).

No obstante, la mayoría de los autores, así como una jurisprudencia constante, interpretan dicho adverbio en el citado artículo 47 de la LPA, también como expresivo de "no torio, claro, evidente, irremediable y palmario" (1.366).

Tomás-Ramón FERNANDEZ, en cambio, entiende que "este criterio de la ostensibilidad de la infracción carece de todo rigor técnico y es por ello muy poco seguro", fundamentando tal apreciación en que "lo que para unos puede ser una infracción clara de las reglas de competencia, apreciable de inmediato sin necesidad de especiales esfuerzos, pue de no serlo para otro"; de ahí deriva la inseguridad porque, en su opinión, "todo depende de quién sea el intérprete y de cuáles sean sus conocimientos" (1.367). Por otra parte,

(1.366) Cfr. T.R. FERNANDEZ, "Curso..." cit., T.I. pg.435.

(1.367) "Curso...." cit., T.I., pg. 436.

este criterio de la ostensibilidad es también el empleado de ordinario en la interpretación del "manifiestamente" del art. 110,2,a) LPA antes citado. Sin embargo, para GARCIA DE ENTERRIA, "este criterio resulta inaprehensible y apenas aproximativo: depende de la precisión del observador para que sea el vicio ostensible o no: puede un mismo vicio verlo al primer golpe de vista o al contrario estar muy oculto para él"; a ello añade el peligro que se corre de que "puede tratarse además de un vicio no ostensible pero con significación fundamental dentro de la economía del acto" (1.368).

-
- (1.368) "Apuntes de Derecho Administrativo 1º", T.II., cit., 1.973-74, pgs. 227-228. En otros lugares de la legislación administrativa puede encontrarse también la alusión a la "infracción manifiesta de las Leyes"; así, en el art. 362 LRL que lo enuncia como uno de los vicios que puede dar lugar a la suspensión temporal, por las autoridades gubernativas, de la eficacia de los acuerdos de las Corporaciones locales; buen número de autores se cuestionan "la bondad misma de este supuesto legal de control estatal sobre la actividad desarrollada por las Corporaciones locales", y, ello "no solo por entenderse... que esta hipótesis amplía en exceso el alcance de la tutela del Estado sobre Ayuntamientos y Diputaciones, sino también, y sobre todo, por la escasa fortuna del concepto legal utilizado para ello" (Jesús LEGUINA, "La potestad gubernativa de suspensión de acuerdos locales que infrinjan manifiestamente las leyes: alcance y límites" en RAP nº82, enero-abril 1.977, pg. 10; V. bibliografía allí recogida). Para este autor, en el citado precepto "el carácter" manifiesto de la infracción legal parece... orientado a restringir las posibilidades de intervención estatal a los casos verdaderamente excepcionales y graves de ilegalidades locales, dejando fuera del ámbito competencial del control gubernativo las actuaciones ilegales simples o no manifiestas... "(ob. cit., pg. 11; el subrayado es mío; en la interpretación del "manifiestamente" coincide, como después se verá, con la suministrada por T.-R. FERNANDEZ, para el mismo término en el art. 47 LPA); pero entiende que "el carácter "manifiesto" de la infracción cometida por el acuerdo local no cobra valor al-

guno en sede judicial, puesto que si el Tribunal contencioso-administrativo comprueba, en efecto, que el acuerdo local suspendido ha vulnerado de algún modo la legalidad, se verá obligado a confirmar el acto gubernativo de suspensión y a anular el acuerdo local, declarando a fortiori, por imperativo del propio texto legal, que la infracción comprobada ha sido "manifiesta". Por el contrario, si la decisión judicial es favorable a la plena legitimidad del acuerdo local, la suspensión será levantada y el acuerdo local confirmado porque no ha habido "manifiesta" infracción de las leyes " (ob.cit., pg. 11). En función de lo anterior, concluye que "por ello mismo son explicables las oscilaciones y contradicciones en que a menudo ha incurrido la jurisprudencia en su esfuerzo tan meritorio como baldío, por aislar y determinar con precisión un concepto, no ya legalmente indeterminado, sino literalmente inútil en tanto que determinante de un poder excepcional de control" (ob. cit., pg.11; el subrayado es mío; V. la doctrina concomitante allí citada). Evidente resulta que se tiene que llegar a tal conclusión si el criterio de interpretación de lo "manifiesto" que se adopta es el subjetivo; que, por lo demás, quizá sea el predicable en esta concreta materia del derecho administrativo, porque, como resalta BOQUERA, "al juez le preocupan las infracciones legales; si son manifiestas o no es cosa que no puede importarle; está habituado a buscarlas en donde estén, sea fácil o no descubrirlas; una vez llegado al convencimiento de que existe una ilegalidad, lo que importa es anularla" ("La facultad gubernativa de suspensión e impugnación de acuerdos locales manifiestamente ilegales" en RAP, n°36. sept.-dic. 1961, pg. 119). Ahora bien, dicho criterio, de una parte, se compagina mal con el de la gravedad antes indicado por LEGUINA, conforme al cual, serían "manifiestamente ilegales" aquellos acuerdos en que la ilegalidad sea grave, no aquellos en que esa ilegalidad se detecta por el órgano judicial que conoce el asunto; puede aparecer clara para este, y sin embargo, no ser grave (no ser "manifiesta"). Por otra parte, lo que aquí interesa es sí, a los efectos penales, o mejor, a los efectos del párr. 2° del art. 358 C.p., resulta aceptable un criterio de subjetiva ostensibilidad, o, en cambio, interesa solo el vicio de legalidad que, independientemente de que resulte claro para el órgano que conoce el asunto, sería en todo caso "manifiesto" para el funcionario medio (criterio, en este sentido, objetivo).

Esta insatisfacción ante el criterio de la ostensibilidad, lleva a soluciones distintas a cada uno de estos dos autores. Con una perspectiva formal, que no aporta una interpretación alternativa, entiende GARCIA DE ENTERRIA que "solo cabe la solución de remitirse en cada caso al dictámen del Consejo de Estado" (1.369). Tomás-Ramón FERNANDEZ, apoyándose en cierta jurisprudencia, entiende que "se han propuesto otros criterios interpretativos, extraídos de los preceptos de la ley. Así, suele afirmarse en algunas sentencias que solo determinan la nulidad de pleno derecho de un acto la incompetencia ratione materiae y la incompetencia ratione loci, pero no la simple incompetencia jerárquica o de grado.... Por último, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo suele declarar nulos de pleno derecho aquellos actos de la Administración que salen del ámbito administrativo propiamente dicho invadiendo el campo reservado a otros órganos del Estado" (1.370). En definitiva, piensa que la calificación de "manifiesta" de la incompetencia debe hacerse "no solo en el sentido de claro o notorio, sino en el de grave", dependiendo de la esencialidad del presupuesto de hecho omitido o falseado, cuestión que solo podrá decidirse definitivamente caso por caso, a la vista de la norma que atribuye el poder y teniendo en cuenta la intensidad del conflicto, los intereses en juego y la transcendencia general del vicio cometido del sistema mismo y del orden general que dicho sistema crea". En última instancia -sigue diciendo- debe retenerse que lo que realmente se pretende con la sanción de nulidad de pleno derecho es evitar que se consoliden resultados inícuos, "francamente ilícitos, notoriamente inmorales o socialmente dañosos", basados en hechos torpes, es decir, que por el simple transcurso del tiempo puedan llegar a consagrarse como válidos lo que constituyen verdaderas "demasías, abusos y desafueros" en los términos de nuestra mejor doctrina jurisprudencial" (1.371).

Resulta evidentemente sugestiva la propuesta de Tomás-Ramón FERNANDEZ, pero de dudoso traslado al ámbito del art. 358, párrafo segundo del C.p..

(1.369) "Apuntes..." cit., T.II pg. 228.

(1.370) "Curso..." cit., T.I. pg. 436.

A la inseguridad que se resalta con el argumento de la variabilidad de puntos de vista de quienes examinen la evidencia de la injusticia, es decir, la poca o nula seguridad que ofrece el criterio personal, se puede oponer la objetividad del criterio que funda lo "manifiesto" de la injusticia en que así aparezca para un funcionario medio situado en la circunstancia respectiva. Criterio objetivo, por lo demás, que en su estructura se corresponde a otros similares frecuentemente empleados en Derecho penal.

Por otra parte, ni histórica o doctrinalmente, ni desde la perspectiva que otorga relacionar el término "manifiestamente" con el resto de los elementos del tipo del párrafo segundo del art. 358 C.p. en que está inserto, se apunta hacia una idea de ponderación de la gravedad de la injusticia de la resolución, sino, más bien, a la grave infracción de un deber profesional de cuidado en el dictado de resoluciones administrativas.

Se desecha con ello la posibilidad de incriminar por prevaricación de esos párrafos y artículos, el supuesto de una grave injusticia no "manifiesta", no ostensible. Pero, de un lado, es preciso admitir que gravedad y ostensibilidad normalmente coincidirán (1.372) y, de otro lado, el párrafo segundo del art. 358 parece expresar no tanto la desaprobación por la gravedad del resultado, cuanto por la conducta seguida por el funcionario, en lo que, además, siendo como es un tipo culposo, coincide con el planteamiento de las imprudencias del art. 565, en el que las penas se establecen en función de la gravedad de la culpa y no del resultado (en el sentido de lesión o puesta en peligro del bien jurídico) a que el culposo comportamiento pueda conducir.

En suma, la fundamental consideración del especial deber objetivo de cuidado, presente en la estructura típica del párrafo segundo del art. 358 y denotado a través de sus elementos "negligencia o ignorancia inexcusable" y el requi

sito de que la injusticia de la resolución deba ser "manifiesta", hace que este último término deba interpretarse en el sentido, ya antes defendido, de claridad o notoriedad, objetivamente apreciada, de la injusticia de que está afectada la resolución.

-
- (1.371) Ob. cit., pgs. 445-446. No mantendrá el autor, en cambio, igual criterio respecto del art. 110 2 a) LPA y la "revisión de oficio de los actos favorables que infringen manifiestamente la ley" que disciplina esa norma, sino que recoge una síntesis de la doctrina del Consejo de Estado sobre esta reversión; doctrina según la cual: "Por infracción manifiesta debe entenderse infracción terminante y clara, apreciable inmediatamente al comparar el contenido y alcance del acto administrativo con la norma contenida en la ley" (Dictámenes de 20-VI, 11-VII y 7-XI-1.968, 24,II, 1.966; también S.T.S. 26-I-1.961, entre otras varias) (ob. cit., pg. 471) V., por todos, en relación a una interpretación distinta de la de T.-R. FERNANDEZ recogida en el texto, manteniendo, pues, el criterio de la "ostensibilidad" explícitamente frente al de la "clase de incompetencia", GONZALEZ PEREZ, "El Procedimiento Administrativo" cit., pg. 371-373; para este mismo autor, en cambio, respecto al "manifiestamente" del art. 110 2 a) LPA, debe acogerse la opinión del "Consejo de Estado, en su dictámen de 9-XI-1.960, al exigir no sólo una claridad inmediata, sino también gravedad, transcendencia y su suficiencia en relación con el ordenamiento jurídico general" (ob. cit., pg. 731).
- (1.372) No así, en cambio, ostensibilidad y gravedad: lo grave suele ser evidente, pero lo evidente no tiene porqué ser grave.

IV. CONTENIDO Y ALCANCE DE LA INJUSTICIA. EL PROBLEMA DE LA CONTRAVENCION DEL DERECHO SUPRALEGAL. EL ELEMENTO TIPICO "INJUSTA" Y EL BIEN JURIDICO.

1. Contenido y alcance.

Una de las cuestiones que ocupa largamente a la doctrina alemana en relación al § 336 StGB, es la determinación de aquello en lo que pueda consistir el "torcimiento del derecho". En ello contrasta con la doctrina española que ha versado sobre los arts. 351 y siguientes C.p., doctrina esta última que sólo alude de una manera abstracta a la "injusticia" de la correspondiente resolución judicial o administrativa. Este hecho quizás se explique por la mayor amplitud que supone, cuando menos aparentemente, la referencia del § 336 StGB al "torcimiento del derecho" "en la decisión o conducción de un asunto jurídico", frente a la injusticia de la resolución judicialoadministrativa que corresponda, de los arts. 351 y siguientes C.p. y, concretamente, la injusticia de la resolución en asunto administrativo del art. 358 de este cuerpo legal. A través de esta expresión típica del C.p. español se excluye, como en páginas anteriores he señalado, lo que no sea una decisión injusta. Pero no se aclara cuando, efectivamente, cabe calificar de este modo a la decisión.

A este respecto, las directrices marcadas por la doctrina alemana, pese a referirse fundamentalmente a la "Rechtsbeugung" judicial, pueden ser de utilidad.

Hace ya casi cien años OPPENHEIM se ocupaba de un problema que, por su singular importancia y conexión con cuestiones precedentes, he tratado ya antes: la posibilidad de prevaricación en casos de discrecionalidad (1.373). No volveré sobre el mismo, conformándome en

esta sede, con recordar las palabras de HENNING al plantear lo respecto de la "Rechtsbeugung" administrativa (1.374):

" ¿ Es razón suficiente para dejar impune la prevaricación del funcionario administrativo el hecho de que mientras en relación con la Justicia domina una estricta sumisión del Juez a la Ley, en la Administración, por el contrario, se da una mayor posibilidad de actuación dentro de los límites jurídicos ?. Esta cuestión conduce necesariamente a la investigación sobre el concepto y el ámbito de la discrecionalidad. Pero, aún habiendo mayor libertad de decisión para la Administración, existen unas fronteras que si se propasan dan lugar a una acción antijurídica... La discrecionalidad no es equivalente de arbitrariedad" (1.375).

Aparte lo anterior, para los autores alemanes resulta claro que el "torcimiento del Derecho" puede provenir de la infracción de una norma tanto procesal como "material", que igual la aceleración que el retraso en el asunto pueden hacer surgir la prevaricación o que la omisión de determinados actos necesarios para el tratamiento de aquel supone que se "tuerce el derecho" (1.376). También se acepta que el "torcimiento" no solo se deriva de la incorrecta aplicación de una norma, de su defectuosa interpretación o de la aplicación de lo no vigente, sino de la mala apreciación o del falseamiento de los hechos o de la denegación o viciosa tasación de la prueba y de los resultados de esta (1.377).

(1.373) "Dis Rechtsbeugungsverbrechen..." cit., pgs. 47 y ss. y 74 y ss.

(1.374) Modalidad que OPPENHEIM no admitía en el § 336: ob. cit., pg. 35.

(1.375) "Die Rechtsbeugung..." cit., pgs. 37-38. Cfr., MAURACH, "Deutsches Straf. recht. B.T." cit., pg. 758; WELZEL, "Das Deutsche Strafrecht..." cit., pg. 544; HERDEGEN, en "Leipziger Kommentar" cit., 34-35; CRAMER, en "Schönke-Schröder. Kommentar" cit., 18 Aufl., pg. 1.796.

(1.376) Cfr. NIETHAMMER, "Lehrbuch B. T...." cit., pg. 409; KOHLRAUCH-LANGE, "Strafgesetzbuch..." cit., pg. 682; SEEBODE, "Das Verbrechen der Rechtsbeugung..." cit., pg. 1.796.

Por último, algún autor ha indicado la importancia fundamental, al efecto de establecer la existencia o no del "torcimiento" propio de la prevaricación, de la observancia, tanto en la interpretación de las normas (de las "equívocas", que es donde se plantean los problemas) como en la verificación y apreciación de las pruebas y de sus resultados y en el establecimiento de la relación entre los hechos y el derecho, de los medios y métodos científico-jurídicos y de "las valoraciones admitidas por el derecho vigente en cada caso concreto y en cada concreta cuestión jurídica", y ello pese a que la actuación desenvuelta por el órgano que conoce del asunto permanezca en los límites de lo permitido, esto es, sea "defendible", en los casos de "normas jurídicas objetivamente equívocas (que admiten varias interpretaciones)" (1.378).

-
- (1.376)... gung" cit., pg. 26; HERDEGEN, en Leipziger Kommentar" cit., pgs. 34-35; MEZGER-BLEI, "Strafrecht II: B. T...." 10 Aufl., cit., pag. 365; CRAMER, en "Schönke-Schröder. Kommentar" cit., 18 Aufl., 1.796.
- (1.377) Cfr. MAURACH, "Deutsches Strafrecht. B.T....." cit., pg. 758; WELZEL, "Das Deutsche Strafrecht.." cit. pg. 544; HERDEGEN, en "Leipziger Kommentar" cit., pgs. 34-35; MEZGER-BLEI, "Strafrecht II: B. T...." 10 Aufl. cit., pg. 365; CRAMER, "Schönke-Schröder. Kommentar" 18 Aufl. cit., pg. 1796.
- (1.378) HERDEGEN, en "Leipziger Kommentar" cit., pgs. 34-35, basándose fundamentalmente en RUDOLPHI, "Zum Wesen der Rechtsbeugung" cit., passim, especialmente pgs. 619, 621, 630 y 631.

En esta misma sede se apunta ya la posibilidad de surgimiento de prevaricación, paralela a la aplicación de lo no vigente, por acudir "a las normas que estén en oposición con un Derecho superior (ejemplo, anticonstitucionales)" ó "a lo que se ha vuelto obsoleto" (1.379).

Esto último, por lo que se refiere a la anticonstitucionalidad de la norma aplicada para la resolución del asunto jurídico, se plantea todavía en los límites de lo que puede convenirse en llamar "positivo", aunque ciertamente abre ya a una dimensión distinta de la apreciación de la injusticia, del "torcimiento del derecho". Más, en lo que concierne a las normas obsoletas y más claramente, a la fórmula general de la contradicción "con un Derecho superior", se introduce en el nuevo terreno, estrictamente ligado al mismo estudio de la "injusticia" hasta ahora descrito, pero desde una perspectiva distinta, del análisis de la posible existencia o no de prevaricación por causa de la contravención del derecho supralegal, que es cuestión ampliamente debatida en la doctrina alemana, y que, en mi opinión, puede también introducirse, sin fuerza alguna, en la consideración de los delitos de prevaricación judicial y administrativa previstos por el C.p. español.

Sin embargo, antes de considerar la problemática acabada de aludir y su reflejo en el contenido y alcance de la injusticia de la resolución en el art. 358 C.p., puede ya convenirse, a la vista de lo indicado sobre la doctrina alemana al respecto y de todo lo que hasta aquí

(1.379) HERDEGEN, en "Leipziger Kommentar" cit., pg. 34.

se lleva expuesto, que dicha injusticia puede consistir tanto en la infracción de una norma "sustantiva" como en la norma procesal; que la resolución puede ser injusta por dictarse con retraso; que la omisión de un acto necesario para el dictado de la resolución puede convertir a ésta en injusta; que la resolución dictada en aplicación o que aplique una norma no vigente o inadecuada puede, en función de ello, estimarse injusta, lo mismo que la derivada de una interpretación incorrecta del derecho o de una falsa apreciación de los hechos en que se funda o la resolución dictada sin practicar una prueba pertinente o valorando indebidamente los resultados de una prueba practicada; por último, cuando antes el derecho aplicable a los hechos apreciables existen distintas, y aparentemente equivalentes, posibilidades de entendimiento, puede resultar determinante de la injusticia de una resolución que, so pretexto de esa multivocidad se presenta como "defendible", la omisión del empleo de los medios y métodos científico-jurídicos de determinación, interpretación o valoración de esos derechos y hechos.

No se agotan con ello, sin embargo, las posibilidades de estimar una resolución como "injusta". Adviértase que, como en anteriores ocasiones he subrayado, el elemento típico es precisamente "injusta", no simplemente "ilegal". Aquel abarca este y algo más.

2. Resoluciones anticonstitucionales.

Todavía dentro de lo ilegal permanece la resolución fundada en una norma anticonstitucional o, incluso, la resolución que incumple "el sistema de valores de la Consti

tución" (1.380), pues, como dice BACHOF, " el control de legalidad de la Administración significa hoy, al mismo tiempo, control de constitucionalidad de la Administración" (1.381). Supuestos que, teóricamente admisibles sin vacilaciones, presentan, no obstante, áridos problemas a la hora de comprobar su viabilidad práctica. En efecto:

Una resolución administrativa fundada en una norma previamente declarada anticonstitucional, no ofrece obstáculos a su estimación, por el tribunal penal, como injusta. Pues, al cabo, la norma cuya constitucionalidad ha sido manifestada por el órgano competente para ello,

(1.380) BACHOF, "Jueces y Constitución" cit., pg. 32.

(1.381) "Y no solo -continúa diciendo- porque la ley aplicada por la Administración únicamente puede cubrir la actuación administrativa cuando ella misma supera por su parte un control de constitucionalidad; hasta aquí el control de constitucionalidad de la Administración es un control primario de constitucionalidad de la legislación. Sino también porque la Administración se ve directamente confrontada con la Constitución, sin posibilidad de cubrirse con la ley ordinaria, en esa amplia zona que le es abandonada a sus propias decisiones- bajo las rúbricas de arbitrio y de margen de discrecionalidad. De nada sirve a la Administración el aludir a un margen de arbitrio que le haya sido expresamente concedido por la ley, cuando el juez puede objetarle con éxito que, si bien ha tenido en cuenta los límites concretos del arbitrio según la ley especial, sin embargo, no ha observado las normas constitucionales limitadoras de todo arbitrio" (ob. cit., pgs. 32-33).

es equivalente a una norma no vigente (1.382); lo que retrotrae la situación a supuestos ya antes admitidos de injusticia de las resoluciones administrativas.

De manera similar, la resolución que, sin ampararse en norma alguna anticonstitucional, resulte sin embargo contraria a los valores que la Constitución defiende, es también injusta. Aquí, en cambio, la cuestión ya no se plantea en términos tan nítidos como en el caso anterior. En aquel supuesto, el tribunal penal había de limitarse, simplemente, a la constatación de la declaración de anticonstitucionalidad de la norma que sirvió de fundamento a la resolución administrativa. Una tarea, por tanto, similar a la determinación de la no vigencia de una norma e incluso en ocasiones más fácil (por ejemplo que en algunos casos de derogaciones no expresas). A diferencia de ello, en el supuesto actual el tribunal penal habría de entrar en el examen y determinación de los valores acogidos por la Constitución, para confrontarlos con aquellos en que se inspira y denota la resolución administrativa. El problema es si dicho órgano judicial ordinario está capacitado formal y materialmente para el desempeño de esa tarea. La cuestión es doble, pues la verificación de un juicio sobre la posible anticonstitucionalidad, en estos términos, de una resolución administrativa, significa el reconocimiento (especialmente, si se tienen en cuenta los elementos subjetivos de los tipos del art. 358 C.p.) de la capacidad para conocer los valores sustentados por la Constitución por parte del funcionario que dictó la resolución que se examina.

Puesto en estos términos, en mi opinión debe afirmarse la posibilidad de ambas capacidades y, en consecuencia,

(1.382) LOE, art. 64 y art. 157 del Anteproyecto de Constitución.

la viabilidad de la prevaricación basada en el dictado de una resolución administrativa cuya injusticia reside en el incumplimiento "del sistema de valores de la Constitución". Otra conclusión sólo podría fundamentarse en la constatación de la existencia de una Constitución inútil por inasequible al conocimiento de sus significados por parte, incluso, de técnicos en derecho. No obstante, conviene dejar constancia aquí de las cautelas con que debe procederse en los casos de normas constitucionales de interpretación controvertida o controvertible; nuevamente, la puesta en práctica o no de los medios y métodos científico-jurídicos, teniendo en cuenta la exigibilidad o no de su uso por el órgano administrativo de que se trate (pues a todas luces no cabe un baremo único e inflexible para todos los órganos administrativos), puede ser la pauta para resolver estos casos límite.

Los problemas aumentan en un tercer supuesto de resolución administrativa injusta por anticonstitucional: el supuesto de resolución que se funda en una norma que siendo anticonstitucional, todavía no ha sido declarada así por el órgano competente para ello. En este caso, la problemática también tiene un frente doble: por unaparte, el de si el juez penal puede declarar injusta una resolución por ser contraria la norma en que se funda a la Constitución y, sin embargo, no haber sido decretada dicha anticonstitucionalidad, todavía, por el órgano específicamente competente para ello (Tribunal de Garantías); por otra parte, el de si el funcionario que tiene que dictar una resolución en un asunto administrativo está capacitado para no hacerlo cuando estima que la norma en que basará tal resolución es anticonstitucional, pero este carácter no ha sido aún manifestado por el órgano al que específicamente se encomienda esta tarea.

Respecto a este segundo aspecto, si se tratase de la posibilidad de una prevaricación judicial, a mi juicio la

cuestión aparecería más clara: el juez que debe dictar la resolución y aprecia una anticonstitucionalidad no declarada de la norma en que debe fundarla, tiene que suspender el dictado de tal resolución y remitir la cuestión de anticonstitucionalidad al órgano competente para solventarla, y esperar a la opinión definitiva de aquel para proceder en consecuencia. Si no realiza tales operaciones y dicta efectivamente la resolución en este sentido contraria a la Constitución, prevarica. El hecho de no haber sido formal y competentemente afirmada la anticonstitucionalidad de la norma que fundamenta la resolución judicial dictada, no hace desaparecer la cuestión de fondo: la contrariedad de la norma de que se trate, y, por ende, de la resolución que en ella se apoya, a la Constitución. Una solución distinta, supondría el sacrificio de la justicia material a la seguridad de lo formal.

A mi entender, la situación es la misma cuando se trata no de un juez, sino de un funcionario administrativo. La comprobación por parte de este de la anticonstitucionalidad de la norma aplicable en el asunto de que conoce, le obliga a instar la iniciación del procedimiento conducente a la competente y formal declaración de anticonstitucionalidad de dicha norma. Si omite este deber y dicta resolución conforme a esa norma, el tribunal penal que conozca de la posible prevaricación, podrá estimar tal resolución como injusta, apoyándose en la correspondiente declaración de anticonstitucionalidad, emitida por el órgano específicamente encargado de ello, instada por el mismo o por quien inició la acción judicial ordinaria.

3. "Resolución injusta" y obsolescencia de la ley. Resoluciones contrarias al derecho supralegal.

Fuera ya del ámbito de lo injusto-legal, existen todavía resoluciones que pueden estimarse "injustas" de acuerdo con este elemento de los tipos del artículo 358

del Código penal: aquellas que están dictadas conforme a "leyes que no son Derecho" o contra el Derecho que está "por encima de las leyes" (por decirlo con las palabras del expresivo título de RADBRUCH (1.383)).

Fundamentalmente son dos los problemas que en esta sede se plantean. Aparte de ellos, está la cuestión de si puede estimarse "injusta" la resolución que recae sobre una materia situada en una "zona libre de ley", sobre la que anteriormente ya me he pronunciado.

Esos dos problemas son los que, sucintamente, pueden plantearse como supuestos de resoluciones dictadas en aplicación de leyes obsoletas (o resoluciones que se nieguen a la aplicación de leyes obsoletas) y resoluciones dictadas conforme a una ley contraria al derecho suprallegal (o resoluciones que se nieguen a la aplicación de una ley por estimar que reúne tal condición).

A) La obsolescencia de la ley, como señala VILLAR, "es, en el Derecho civil, insólita, pero se produce realmente en el Derecho administrativo" (1.384), propiciada tanto por la cantidad y variedad de materias a que se refiere esta rama jurídica, cuanto por la situación continuamente cambiante de las normas que la conciernen y de esas materias que regulan. Aparece así el fenómeno de la obsolescencia en su dimensión auténtica que, como señala el mismo autor, "es olvido, no antigüedad... ni siquiera es equiparable al carácter arcaizante de la norma" (1.385).

(1.383) "Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes", en "Derecho injusto y Derecho nulo" cit., pgs. 3 y sgs.

(1.384) "Introducción y teoría de las normas" cit., pg. 517.

(1.385) Ob. cit., pg. 519.

Cuando menos en vía teórica, no nos encontramos ante un caso límite, sino ante una bundante posibilidad; buena muestra de ello son los ejemplos que el propio VILLAR aporta (1.386).

La cuestión es si resulta aplicable la norma obsoleta o, por el contrario, cabe la negativa a aplicarla, incluso cuando es reclamada por la parte. La respuesta más elemental (y demostrativa de que la perfección de lo acabado, no pertenece al mundo de lo jurídico y, menos aún, dentro de él, al "bloque de legalidad") es que "resultará no sólo paradójico, sino absurdo, invocarla o pretender hacerla cumplir" (1.387)

Lo que aquí interesa es si tal consideración puede transportarse al terreno penal abarcado por el delito de prevaricación del artículo 358 del Código penal: a los

(1.386) Ob. cit., pgs. 516-520. Aunque, como es claro, obsolescencia de la ley no es simplemente antigüedad de la norma, ésta última cualidad coadyuva eficazmente a que concurra la primera. En este sentido, debe reflexionarse sobre los datos que hace poco aportaba la Editorial Aranzadi respecto de las disposiciones que se recogen en la obra, por ella publicada, "Nuevo Diccionario de Legislación": Disposiciones que, estando en la actualidad vigentes, son anteriores a 1930, son más de 5.600, así desglosadas: "La primera en fecha es del año 1564. Anteriores a 1.800... cinco... Anteriores a 1830... treinta y cinco. Desde 1831 hasta 1930... todos los años están representados por una, dos o más disposiciones./ Anteriores a 1900... cerca de 1400... Las comprendidas entre 1900 y 1929, ambos años inclusive, son cerca de las 4250" ("Aranzadi. Repertorio de Jurisprudencia", Pamplona, 31 de marzo de 1978. En terea mensual no. 3; pgs. de presentación).

(1.387) VILLAR, ob. cit., pg. 518.

efectos de esta norma, ¿es "injusta" la resolución que aplica una ley obsoleta? o, al revés, ¿es "injusta" la resolución que niega la aplicación de una ley obsoleta?

Parece haber aquí, en principio, una confrontación entre el bien jurídico "legalidad" protegido por la norma del mencionado artículo y el alcance de uno de sus elementos típicos.

No deja de ser, sin embargo, una contradicción falsa, que muestra hasta qué punto es acertada la manera de proceder al incluir dicho elemento como "injusta" y no como "ilegal" el cual, sin llegar a impedir la solución más aceptable, la dificultaría.

En efecto. De un lado, ya he señalado como el bien jurídico "legalidad administrativa" no puede entenderse sino en función de su legitimación última: el servicio a la comunidad a que está obligada la Administración. Y flaco servicio sería ese que, por defender una concepción estática y cerrada de la legalidad, impusiera la aplicación de todas las normas que la componen por encima del propio desarraigo social de algunas de ellas, que ha llevado hasta su olvido.

De otra parte, y como también en anterior ocasión he señalado, la captación del bien jurídico, en términos de "interés tutelado por la norma", no puede hacerse sino ligándolo estrechamente al alcance y significado de todos los elementos que componen esa norma, de forma que se establezca una interacción entre uno y otros de la que resulta una más correcta comprensión del sentido y límites de todos ellos (1.388). En este sentido, se entiende que

(1.388) Cfr. INFANTINI, "L'abuso della qualità o delle funzioni..." cit., pgs. 13-14; NEPPI MODONA, "Il reato impossibile" cit., pgs. 78 y sgs.; M. GALLO "Sulla distinzione..." cit., pg. 564.

ni toda resolución que contraría la legalidad positiva será "injusta", ni siempre que se perciba la "injusticia" de una resolución esta tiene necesariamente que ser contraria a lo "legal". Un caso de lo primero, es la resolución que no aplique una norma obsoleta y un caso de lo segundo, es la resolución que efectivamente aplique tal norma. Y, por ello mismo, en el primer caso no se atacá el bien jurídico "legalidad" correctamente entendido y, en cambio, puede ser que ello suceda en el segundo caso.

En suma, puede afirmarse que la resolución dictada fundándose en una norma obsoleta, normalmente será "injusta" y puede desembocar en el delito de prevaricación del artículo 358 del Código penal. Y, al contrario, la resolución que se niega a dicha aplicación, ordinariamente no puede estimarse prevaricadora. Y ello independientemente de la existencia o no de una obligación de instar la formal derogación de lo obsoleto.

B) Pudiera pensarse que la anterior argumentación, sustentada en razones similares, puede trasladarse, sin más, a la consideración del segundo de los problemas aludidos en el presente apartado: la cuestión de las resoluciones contrarias al derecho supralegal. Pero, cabe afirmar, sin prejuzgar con ello, ni mucho menos, la ulterior conclusión, que una tal operación encerraría una notable ignorancia de la disparidad de situaciones que, respectivamente, implican la norma obsoleta y la norma contraria al derecho supralegal.

En efecto, la obsolescencia de la ley, ese "olvido" de la misma que la hace inadecuada para regular las situaciones presentes precisamente por la misma razón que motivó el que se marginara del tráfico jurídico, es un dato fácilmente cognoscible en el momento en que la desentierra quien la invoca o quien pretende hacer que se cumpla y,

además, la puesta en práctica de tal norma, por lo mismo que es obsoleta, no va por lo general acompañada de demanda o presión, social o estatal alguna para que se aplique sino, al contrario, esa exigencia será meramente individual y debe contar, incluso a priori, con que puede suscitar la contraria opinión de la sociedad civil y el Estado. Frente a ello, se pregunta RADBRUCH, al tratar de la aplicación por los jueces nacionalsocialistas de las leyes de aquel régimen que "no constituían Derecho", si "podrían incurrir en el dolo de violación del Derecho al aplicar las leyes positivas unos jueces que estaban tan imbuídos por el positivismo jurídico dominante, que no conocían más Derecho que el establecido por las Leyes" y añade que "aun admitiéndolo, les quedaría todavía como último recurso, aún cuando por cierto bien lamentable, invocar el peligro de muerte en que se hubieran metido, dada la concepción del Derecho nacionalsocialista, es decir, la ausencia de Derecho a pesar de las leyes: el recurso al estado de necesidad" (1.389).

Y es que, así como la obsolescencia de la ley puede producirse en cualquier contexto social y bajo cualquier sistema estatal desarrollado, la contraposición ley-Derecho es característica de aquellas situaciones en que las fuentes del Derecho son totalmente ajenas a la sociedad civil, radicando exclusivamente en un aparato estatal por completo desvinculado de aquella pero impuesto a la misma, capaz, por tanto, de emitir leyes que en absoluto atiendan a lograr la regulación de la mejor convivencia social posible en cada momento, sino al exclusivo interés estatal y de la clase social que lo sustenta y a la que favorece, y

(1.389) "Leyes que no son Derecho..." cit., pg. 19.

a preservar, para prolongar su existencia, la situación de origen. En sentido inverso, a mayor inmediación sociedad-emisión de leyes, menor posibilidad de contradicción entre éstas y el Derecho (1.390).

En función de lo anterior resulta perfectamente explicable que, aunque existiendo ciertos precedentes (1.391) sea en Alemania, en la posguerra, cuando, al compás del (por la misma razón) floreciente "neoiusnaturalismo", se plantee la doctrina penal la cuestión de si prevaricaban los jueces cuando aplicaban las leyes nazis groseramente contrarias al Derecho y, a la inversa, de si estaba amparada por un estado de necesidad la posible prevaricación

-
- (1.390) No hay que dejarse engañar, sin embargo, por la fuerza de la imagen. El derecho es emanación del Estado y este, a su vez, no representa a la sociedad entera, sino a una parte de ella; por consiguiente, el derecho emanado del Estado, todo lo más será el derecho de esa parte de la sociedad, no de esta en su totalidad. En última instancia, hay que tener presente que, como se ha dicho (STOYANOVITCH, "El pensamiento marxista y el derecho" cit., pg. 65; V. mas ampliamente, pgs. 61 y sgs.), "el antiguo y bien conocido adagio Ubi societas, ibi ius es sociológicamente erróneo". Así pues, la posibilidad de que sociedad y Estado se identifiquen y, en consecuencia, ya no se confronten la ley del Estado con el "derecho" de la sociedad, en último término no existe. De aquí que, como después se verá en el texto, las posibilidades de dicha confrontación siguen siendo reales también fuera de los "Estados tiránicos", en las evolucionadas "democracias occidentales".
- (1.391) V., p. ej., OPPENHEIM, "Die Rechtsbeugungsverbrechen..." cit., pgs. 35-36 y 47 y sgs. y WACKER, "Die Rechtsbeugung..." cit., pgs. 25-26. El primero, tangencialmente y el segundo, refiriéndose a los supuestos de lagunas legales. La situación sin embargo, estaba más que madura: la obra de WACKER es de 1931, y en 1924 GOLDSCHMIDT hablaba de un "ocaso de la ley" y del "final del Estado de Derecho" (Cfr. Eb. SCHMIDT, "La ley y los jueces. Valores positivos y negativos del positivismo", en "Derecho injusto y Derecho nulo" cit.,

de los jueces que se negaron a aplicar dichas leyes dictando sentencias contrarias a ellas (1.392).

Escalonadamente, y con conclusiones a veces discordantes, el planteamiento del problema general que crea en el delito de prevaricación la posible existencia de leyes contrarias al Derecho suprapositivo, llegará en esa doctrina hasta nuestros días. Así, entre otros, Eb. SCHMIDT, en 1948 (1.393)

... pg. 40; V. en este autor y ob., pgs. 25-43, la evolución que llevaría a la referida situación.

(1.392) Dentro del mismo orden de ideas, señala WELZEL que "inmediatamente después del hundimiento del régimen nacionalsocialista, las miradas de los juristas alemanes (al igual que las de los teólogos y las de los filósofos) se dirigieron a la búsqueda de principios jurídicos suprapositivos. Se quería encontrar una medida ideal que pudiera decidir cuando constituyen Derecho obligatorio las disposiciones eficaces en la práctica emanada del poder supremo del Estado, una medida 'de acuerdo con la cual lo que no es Derecho continúa sin ser Derecho aunque se presente bajo la forma de una ley', tal como se expresaba Radbruch en el año 1947" ("El problema de la validez del Derecho" cit., pg. 73; los subrayados y entrecuadrado, en el original).

(1.393) "Politische Rechtsbeugung und Richteranklage", cit., pgs. 70-72: "El positivismo legal del tiempo de Binding y de su obra, pretendía detenerse en la 'ley' y considerar como principio jurídico únicamente los principios del derecho escrito o de la costumbre. En este positivismo jurídico, en el sentido de Binding, no se consideraban valores suprapositivos. Esto puede producir una interpretación demasiado estrecha del § 336.../... pero, desde la interpretación del § 336 por Binding, han transcurrido 43 años. El positivismo legal pertenece al pasado. Ya Hälschner entendió que bajo el término 'Derecho', susceptible de 'torcimiento', cabe 'el Derecho como poder que domina todas las relaciones sociales', y, desde hace tiempo, no debe dudarse que en el término 'Derecho', en el sentido del § 336 StGB, junto al derecho consuetudinario y al derecho legal

EVERS, en 1955 (1.394);

- ... escrito, hay que comprender el total conjunto de posibilidades de valoraciones jurídicas que produce un pensamiento guiado por la idea de justicia... El Derecho que el juez no puede torcer es el conjunto de todos los valores que se le presentan derivados de la idea de justicia... Un juez no sólo tuerce el Derecho cuando aplica dolosamente un principio jurídico dado en contra de su sentido reconocido, o cuando no lo aplica, sino también cuando conscientemente lesiona los principios jurídicos fundamentales que, como contenido y espíritu de la Constitución, le atan en la búsqueda del Derecho".
- (1.394) "Die Strafbarkeit des Richters..." cit., pgs. 187-190: "Hasta 1945, la ciencia del Derecho Penal apenas se había planteado la cuestión de si un juez que aplica una ley inmoral o contraria al Derecho natural, es punible a título de prevaricación. Por el contrario, mientras la doctrina penal permanece bajo el influjo del positivismo, cuando los autores se ocupan de la cuestión es para llegar al resultado de que el juez que, para servir una mas alta justicia, no toma en consideración una ley, se hace culpable de prevaricación. Lo mismo rige para el juez que, por consideraciones de Derecho natural, estima nula una ley. Unicamente Kohler... mantiene el punto de vista de que no existe prevaricación cuando el juez aprecia la inaplicabilidad de una ley por razones de justicia.../ A partir de 1945, la ciencia penal alemana, y también algunos Tribunales, exigen la punición de aquellos jueces que apliquen leyes inmorales... El punto de vista no es pacífico. Pero, en nuestros tiempos se mantiene la misma exigencia y se funda en consideraciones de Filosofía del derecho.../ Si... se cree que el hombre tiene derechos naturales de los que el legislador no puede disponer, la decisión que se base en una ley nula, desde el punto de vista de los fundamentos de Filosofía del derecho, sería un caso de prevaricación..."; la cuestión continúa diciendo- de si el término "Derecho" del § 336StGB, abarca también el supralegal o no, debe decidirse tras determinar el bien jurídico que la norma protege; a la vista de este (que para el autor es "el cumplimiento del deber del cargo y, con ello, la legalidad de la jurisprudencia"), concluye que "el juez que aplica una

KOHLRAUSCH-LANGE, en 1959 (1.395); MUSIELAK, en 1960 (1.396);

... Ley inmoral puede actuar de forma eticamente reprochable. Pero esto no fundamenta su punibilidad. Si el juez se hace cómplice o instrumento de un Estado tiránico, cargará con una grave responsabilidad política... El Tribunal de Nurnberg acusó a los jueces alemanes de 'daga del asesino' (sin embargo, solo 5 de ellos fueron juzgados: 3 absueltos y los otros condenados por arbitrarismo y abuso de la práctica del Derecho. Así pues, ningún juez fué juzgado ante los Tribunales alemanes por una mera aplicación de las leyes nacionalsocialistas)".

(1.395) "Strafgesetzbuch..." cit., pg. 682: "En cuanto al problema de la aplicación del Derecho 'injusto': Derecho es, en los casos normales, igual a la ley y a Derecho positivo; en los casos conflictivos en que entra en contradicción con la justicia o resulta inhumano, sigue, no obstante, entendiéndose se en sentido material como Derecho 'correcto'. Sin embargo, el juez no tuerce el Derecho cuando, conocido el conflicto, emite un dictamen inmoral en favor de la 'injusticia' material..., sino cuando hace esto para servir con ello fines extra jurídicos (tiranía, terror, exterminio). Ya que entonces una determinación finalística de carácter nihilista -en el sentido del mundo cultural occidental- excluye el valor jurídico del ordenamiento y, con ello, la cualidad de Derecho de estas normas, aun cuando están utilizadas dentro de un sistema. En estos casos se presenta a menudo la situación de estado de necesidad".

(1.396) "Die Rechtsbeugung..." cit., pg. 30: "La cuestión, tan discutida a partir de 1945, de si el juez prevarica cuando aplica una ley inmoral... no puede contestarse en forma diferente a todos los demás casos de prevaricación. Si el juez ha conocido que no podía aplicar una ley determinada y que no está 'ligado' a la ley porque esta tiene un contenido injusto, y sin embargo, basa su decisión en ella, actúa en contra de su convicción y, con ello, tuerce el Derecho. Si, por el contrario, considera que una ley es la adecuada y la aplica, aún cuando yerre, cumple con su deber de juez".

HEINITZ, en 1961 (1.397); SPENDEL, en 1968 (1.398);

-
- (1.397) "Probleme der Rechtsbeugung" cit., pgs. 8-16:
 "Después de 1945, los Tribunales tuvieron que juzgar repetidamente si un juez también puede ser culpable de prevaricación cuando aplica una ley, formalmente válida, que contradice los más altos principios de la justicia. Hasta hoy no hay claridad sobre el tema.../ Desde el punto de vista del § 336 habría que contestar negativamente a esta pregunta si, conforme a la interpretación mayoritaria, consideramos que Derecho en el § 336 es solo Derecho positivo escrito, no aquel Derecho que puede extraerse mediante la interpretación de principios jurídicos suprapositivos.../ No creo que deba seguirse esta interpretación. Entre el Derecho positivo escrito y los principios jurídicos suprapositivos, no hay ninguna frontera estricta. También el Derecho no codificado es Derecho. La confrontación entre Derecho escrito y no escrito, puede conducir a peligrosas conclusiones inexactas./ Por tanto no puede eludirse la pregunta... Radbruch en 1946 estableció que la ley es la ley... y que también las leyes inmorales deben ser obedecidas. El conflicto entre justicia y seguridad, debía solucionarse en beneficio del Derecho positivo, aun cuando el contenido de este fuese injusto y sin sentido, pero "si esta contradicción de la ley a la justicia alcanza una medida insopportable, debe ceder la ley a la justicia" (Radbruch) .../ La prevaricación puede también perpetrarse cuando el juez aplique una ley, formalmente válida, que esté tan en contra de la idea del Derecho y de la Justicia que deba considerarse como absolutamente nula... Sin embargo, en la mayoría de los casos concurrirán en el juez causas de justificación o de exclusión de la culpabilidad...".
- (1.398) "Zur problematik der Rechtsbeugung" cit., todo el: comenta la antigua postura de Radbruch (solo es Derecho el positivo) y su ulterior variación tras el período nazi (pg. 312); plantea el problema de si hay prevaricación por aplicación de una ley "infamante", indicando la postura negativa de quienes identifican ley y Derecho y la positiva de quienes entienden que la ley no es más que una forma de Derecho y renococen la existencia, sobre el Derecho escrito, de otro Derecho suprapositivo, y comenta como las sentencias de los jueces que aplicaron la "ley de protección de la raza", no dieron lugar posteriormente a procesos por prevaricación porque se entendió que

MAURACH (1.399); SEEBODE (1.400)

... faltaba en el autor "la conciencia de la antijuridicidad" (pgs. 313-315); según SPENDEL, en tales supuestos se daba el tipo objetivo de la prevaricación y rechaza la aplicación de una "teoría subjetiva" que, sobre la base del convencimiento, negase tal apreciación (pg. 316); por el contrario, piensa que en el caso del juez que "torció" el Derecho nacional-socialista en beneficio de una parte, para evitar que fuese a un campo de concentración, la antijuridicidad de la conducta resulta desplazada por la presencia de un estado de necesidad (pg. 317). V. también de este autor, "Justizmord durch Rechtsbeugung" cit.

(1.399) "Deutsches Strafrecht. B.T." cit., pg. 758: "Del cotejo del § 336 con el § 1 de la Ley Fundamental Constitucional (subordinación legal al mismo tiempo que subordinación jurídica) se deriva que no solamente puede ser objeto de la prevaricación el Derecho legal, sino también el suprapositivo. En esencia, esto también resulta válido si el Derecho suprapositivo aparece en contradicción con una norma de Derecho escrito; en estos casos, la aplicación literal del Derecho legal, también puede rellenar el tipo objetivo de la prevaricación, por ejemplo, un juez que aplica una ley formalmente existente en contra de su mejor convicción, sin seguir el camino esbozado por el artículo 100 de la Ley Fundamental para la evitación de tal conflicto. Tal clase de posibilidades se limitan sobre un mínimo práctico. En favor de la ley existe una presunción de que es Derecho, y esta presunción no la puede suprimir el Juez sólo porque personalmente la ley le parezca injusta, lesiva o inmoral. A la prevaricación solamente puede conducir la aplicación de aquellas leyes que, pública y voluntariamente, lesionen los principios éticos elementales de la humanidad, y ni siquiera en estos casos basta para que exista prevaricación con que el juez se ampara en una ley conocidamente inmoral; es necesario que aplique esta ley con la conciencia de lesionar los mencionados principios y de hacerse cómplice del Estado reconocido como inmoral".

(1.400) "Das Verbrechen der Rechtsbeugung" cit., pgs. 27-48: "La cuestión... se discute sobre todo a partir de 1945... y sólo se les plantea a los partidarios de las teorías objetiva y mixta, pues a los representantes de la subjetiva, que se fijan

y WELZEL (1.401)

... en el acuerdo entre decisión y convicción del juez, no les interesa el Derecho objetivo ni la vigencia de una ley inmoral.../ Solo en casos excepcionales está justificado el juez... si desatiende la ley. La decisión en contra de la ley reduce la seguridad jurídica.../ Por eso el juez debe intentar, incluso en el caso de la ley injusta, llegar a un resultado conforme con la justicia..., partiendo del conjunto del ordenamiento jurídico y de sus principios básicos y juicios de valor, para evitar el peligro de acudir demasiado apresuradamente al Derecho suprapositivo.../ El mandato de justicia material no justifica ni el interpretar o deformar en el caso concreto una ley aparentemente injusta, a costa de la propia lealtad, ni el llamar precipitadamente en auxilio al Derecho suprapositivo, a costa de la seguridad jurídica.../ En general, el juez está obligado a aplicar la ley, incluso cuando esta pudiera aparecer como injusta o poco equitativa en el caso concreto.../ En esta materia, únicamente cabe considerar el Derecho natural en la medida en que permita reconocer la grosera injusticia... Sin embargo, aparece como inapropiado como única medida de eliminación de la ley injusta.../ El juez no puede juzgar según su propia conciencia... En los casos excepcionales de ley inmoral y de ley no obligatoria debe darse una pequeña medida personal para eliminar el injusto. Según esto, en tales casos el juez puede hacer uso de su propia conciencia al juzgar.../ Bajo el término "Derecho" en el sentido del § 336 se comprende también el Derecho no positivizado. La Ley Fundamental vincula al juez "al Derecho y a la Ley". Por tanto, una interpretación del § 336 conforme a la Constitución no puede limitar la prevaricación al torcimiento de la ley.../ Con la doctrina dominante hay que concluir, pues, que, en el sentido del § 336, también cuenta como Derecho el mandato de no aplicar una ley inmoral por ser esta nula, con lo que la decisión que se apoye en una ley injusta, es una prevaricación objetiva, ya que no se basa en principio jurídico alguno".

(1.401) "Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung" cit., pgs. 544-545: "Una norma estatal no solo puede ser inválida según los principios del Derecho positivo (en última instancia, constitucionales), sino también de acuerdo con -

en 1969; HERDEGEN (1.402) y SCHREIBER (1.403), en 1972;

-
- ... principios supralegales. En derecho, lo fáctico está esencialmente ligado a lo normativo. Obliga porque crea un ordenamiento efectivo y autónomo: el Derecho es, al mismo tiempo, poder protector y valor obligante. Desde luego, ambas facetas deben diferenciarse. Como poder, fuerza; solo como valor, obliga. Esta fuerza obligante (validez) se pierde cuando lesiona el valor moral mínimo de una norma, esto es, cuando se ordena tratar al prójimo ya no como persona, sino simplemente como cosa. A este tipo de normas pertenecen las que permiten de nuevo la práctica de la esclavitud, o bien permiten exterminar a los hombres por carentes de valor social o experimentan con ellos como animales".
- (1.402) En "Leipziger Kommentar" cit., pg. 35: "Derecho, en el sentido del tipo, son las normas del ordenamiento jurídico estatal y los principios que de él se derivan... La cuestión de si el Derecho suprapositivo puede ser objeto de la prevaricación, no es pacífica... En general, se puede decir que el Derecho suprapositivo se libra de la obediencia al positivo en nombre de la idea de Derecho, cuando este no aspira al valor que le da fuerza obligante, sino que lesiona 'pública y voluntariamente los principios éticos elementales de la humanidad' (Maurach...), cuando es 'ley evidentemente injusta' (Hirsch)./ El que hoy en día aplica una ley que públicamente lesiona 'el contenido moral mínimo de una norma' (Welzel) comete prevaricación objetiva".
- (1.403) "Probleme der Rechtsbeugung" cit., pgs. 200-201: considera "Recht", en el sentido del § 336 StGB, no sólo el Derecho legal, sino "el Derecho encontrado en la aplicación y transformado en dicha aplicación"; junto a las leyes, entran aquí los principios fundamentales en ellas contenidos, principalmente en la Constitución, además de los métodos de interpretación desarrollados por una larga tradición, como también la analogía, la concreción que la ley ha experimentado por la jurisprudencia y, finalmente, el 'ethos' social dominante, el cual ha encontrado una parcial expresión en las reglas legales.

CRAMER, en 1977 (1.404). Siendo la conclusión mayoritaria, que el Derecho suprapositivo forma parte de aquel "Derecho" elemento típico, que resulta necesario torcer para cometer el delito de prevaricación del § 336 StGB.

Hoy, sin embargo, la cuestión puede parecer que ha perdido importancia. Los sistemas de las llamadas "democracias occidentales", en cuya línea avanza en estos momentos España, parecen poder suprimir toda disociación entre ley y Derecho, a través de su estructuración política, del papel jurídico que la Constitución desempeña y, en última instancia, de la actuación del Tribunal de Garantías. Sin desconocer los importantes paliativos que tales mediaciones ejercen (1.405) sobre la posible aparición de aquella contradicción, puede afirmarse, sin embar

(1.404) En "SCHÖNKE-SCHRÖDER Kommentar" cit., pg. 1.797: "Aparte del Derecho positivo, hay que tener en cuenta las normas del Derecho suprapositivo no escrito, ya que la prevaricación también puede perpetrarse a través de la aplicación de normas públicamente no vigentes".

(1.405) Sin desconocer, en efecto, esta importancia, pero también sin desaforarla. Constitución y Tribunal de Garantías juegan un elevado papel a la hora de interpretar o, incluso, dar viabilidad a las normas legales ordinarias. Así lo han demostrado cumplidamente, desde una óptica progresiva diversos autores italianos (entre otros, p. ej., BRICOLA, TAGLIARINI o STORTONI, en algunos de los trabajos ya citados) respecto a la Constitución de su país; con perspectiva de contrario signo, es también demostrativa a este particular, la actuación desarrollada por el Tribunal de Garantías alemán en lo concerniente a la ley, aprobada por el Bundestag, sobre despenalización del aborto. Pero, estos mismos datos, son, a la vez, significativos de la extraordinaria importancia que tienen el contexto en que nace la Constitución, el talante que, en su virtud, adquiere y el posterior desenvolvimiento de la situación sociopolítica que, pretendidamente, regula. Así, hoy se puede decir, al reflexionar sobre la inmediateamente futura Constitución española, lo que LOPEZ

go, que los problemas que plantean las "leyes que no son Derecho" no han sido liquidados: ¿habrá en España que cuestionar ahora las presuntas prevaricaciones de los jueces y funcionarios que dictaron sentencias y resoluciones en aplicación de las leyes franquistas que, notoriamente, no eran/son Derecho?. Más: la STS de 24-II-1978, desestima un recurso sobre adulterio y confirma el fallo condenatorio; desde muchos meses antes el tema de la despenalización del adulterio se resolvía positivamente en la calle y entraba formalmente en el Parlamento, cuya decisión favorable se conocía de antemano por formar parte de los programas "a realizar" de los partidos mayoritarios; en 26-V-1978 se despenaliza el adulterio. ¿Qué es lo "injusto", aquella sentencia condenatoria o una hipotética resolución aplazando la decisión judicial?; ¿Habría sido ésta última objeto de aplicación del artículo 359 del Código penal? Más: por Ley 18-I-1975 se legalizó el aborto en Francia; tres años antes, en el conocido proceso de Bobigny, "los jueces, contra legem, absolvieron a una muchacha de diecisiete años y a su madre, autora material del aborto, "porque la legislación en la materia, establecida en otros tiempos y en razón de otras costumbres, es inadaptada y, por tanto, inaplicable" (1406). ¿Prevaricaron estos jue-

... ARANGUREN indicaba al respecto hace poco tiempo: "... en contraste con la fé que, durante el siglo XIX, se depositaba en los sagrados textos constitucionales, ahora la constitución no aparece sino como el mediocremente ordenado conjunto de reglas de 'juego' superestructural de los poderes jurídico-políticos, al que se dedican, en medio de una cierta indiferencia por parte del público, quiero decir del pueblo, gobernantes y parlamentarios. Los tiempos cambian" ("El precio de la vía hacia la democracia", en "El País" no. 695, de 30-VII-1978, pg. 7). Si se comparte esta opinión (y yo la comparto), se comprende hasta que punto está efectivamente limitado el papel que una Constitución de tal cariz y un futuro Tribunal de Garantías que con ella opere, pueden desenvolver a la hora de adecuar ley y Derecho.

(1.406) V.,S. HUERTA, "Aborto..." cit., pgs. 14-15.

ces? ¿Prevaricaron los que dejaron de perseguir y castigar a las mujeres que, masivamente, confesaron, tanto en Francia como en Alemania, haber abortado?

Son sólo unos ejemplos tomados de entre los más espectaculares o conocidos y, a la vez, más próximos. Y adviértase que respecto de ellos se reducen notablemente, cuando no desaparecen por completo, las posibilidades de alegación de un estado de necesidad excluidor de la responsabilidad criminal emanada de las hipotéticas prevaricaciones, en relación a ese estado de necesidad reclamado por RADBRUCH (y otros muchos autores alemanes) como concurrrente en los jueces nazis que aplicaron las leyes-no Derecho de su régimen. Pero podrían buscarse otros ejemplos, mucho más cotidianos, que, igualmente, atraviesan sin detrimento para sus protagonistas, la barrera penal que constituyen los delitos de prevaricación.

Una cosa clara se deduce de todo lo anterior: si el Derecho penal (como todo el derecho, pero quizá de una particular manera) depende de la política (entendida en el amplio sentido que abarca también "lo" económico y "lo" social), dentro de él el delito (o delitos) de prevaricación constituye (n) uno (s) de los más altos exponentes de ese determinante innegable; una intensa demostración del carácter superestructural del derecho, y, en concreto, del Derecho penal.

La supeditación de las reglas y razonamientos jurídicos aparece aquí descarnadamente. No hay, en mi opinión, explicación jurídica alguna para que no se hayan iniciado desde hace tiempo (y nótese que hablo de un principio, no de las conclusiones a que podría llevar ese comienzo) acciones judiciales por posible delito de prevaricación en la actuación (y vuelvo a tomar un ejemplo próximo y espectacular) de quienes aplicaron el Decreto-Ley de prevención del terrorismo 10/1975 de 26 de agosto; hay razones

políticas. Como tampoco hay explicación satisfactoria para el fenómeno al que se asistía en España en la etapa previa a la legalización de los partidos políticos: persecuciones y sanciones penales y administrativas contra unos que no se ejercían contra otros legalmente parificados en sus "ilícitos", para, al día siguiente, proceder a la inversa o no actuar contra ninguno o actuar contra todos: un extraño "equilibrio" entre los artículos 351 y ss. y 358, por un lado, y el artículo 359, por otro, que acaba en la pregunta de si se infringían todos o ninguno; hay, en cambio, evidentes, aunque no siempre comprensibles o aclaradas en sus motivaciones y fundamentos, explicaciones políticas.

En función de lo anterior, ¿habrá de concluirse que es correcta la tesis de EVERS, según la cual cuando el juez aplica una ley contraria al derecho puede que sea éticamente reprochable, pero ello no fundamenta su punibilidad, sino todo lo más, cuando "se hace cómplice o instrumento de un Estado tiránico", supone "una grave responsabilidad política"?

No lo creo yo así. Semejante opinión está plagada de imprecisiones y de equívocos. En primer término, cabe preguntar cuando un juez, o un funcionario administrativo, se convierte en instrumento del Estado tiránico (o "cómplice del Estado reconocido como inmoral" según la expresión de MAURACH) cuyas leyes aplica, y cuando no, si, en todo caso, realiza tal aplicación. Como en anterior ocasión he indicado, incluso el que omite toda actuación (si ello es posible) objetivamente se pone de inmediato al servicio de lo constituido, del poder; cuanto más es instrumento de ese poder quien lo acata y aplica todas las normas que aquel emana. En segundo lugar, de la opinión que ahora comento queda por completo excluida toda consideración de la aplicación de una ley contraria a Derecho emanada no de un "Estado tiránico", sino de cualquiera otro cuya

tiranía se reduce a su propia condición de Estado. Por último, el autor debiera concretar en qué consiste la "grave responsabilidad política" a que, en último término, alude, por que, de una parte, de su argumentación no se deduce si el juez ocupa un cargo o ejerce una función política y, de otra, si la responsabilidad política se materializa, como es normal, en la renuncia o destitución del cargo, en última instancia ello coincide con la más caracterizada consecuencia derivada de delito de cargo y, concretamente, de delito de prevaricación: la inhabilitación para el cargo (1.407).

Podría, entonces optarse por la postura mantenida por KOHLRAUSCH-LANGE, conforme a la que el juez no prevarica simplemente por ir a favor de la "injusticia material" que representa la ley contraria a Derecho que aplica, "sino cuando hace ésto para servir con celo fines extrajurídicos (tiranía, terror, exterminio)". Sin embargo lo extrajurídico no se limita a la tiranía, el terror o el exterminio (aún en vía de ejemplo). Igualmente extrajurídico, sin que con ello se llegue a la tiranía, ni se ocasione el terror, ni, mucho menos, se pretenda el exterminio, es la aplicación de una norma que, por ejemplo, descaradamente favorezca la concesión de una obra pública para una determinada empresa. La tiranía, el terror o el exterminio no son sino las más graves manifestaciones de lo extrajurídico, pero no todo lo contrario al Derecho.

Desde este último punto de vista (dejando al margen la consideración de las tesis subjetivistas, por ejemplo, de MUSIELAK, ya rechazadas por otras razones), parece más adecuado (aunque bien lamentablemente), teniendo presente

(1.407) Aunque, ciertamente, en el StGB se prevea pena de privación de libertad.

el dato no siempre resaltado o, mejor dicho, prácticamente nunca aportado de la presión determinante de la situación política sobre las posibilidades que el Derecho penal ofrece en materia de prevaricación, seguir la opinión que sólo ve prevaricación en los casos de aplicación de ley contraria al Derecho, cuando tal contradicción "alcanza una medida insoportable" (según la expresión de RADBRUCH, seguida por HEINITZ y, en esencia, por MAURACH cuando habla de que tales leyes "lesionen los principios éticos elementales y de humanidad", y por SEEBODE, cuando se refiere a la "grosera injusticia"). Bien por estimar (como estos autores estiman) que en el enfrentamiento entre seguridad y justicia, que la situación en estudio implica, debe prevalecer siempre aquella (y, por tanto, legitimar la obediencia de jueces y funcionarios a todo lo positivo) y sólo ceder a ésta en los supuestos de "contradicción insoportable", bien más llanamente, y a mi entender más correctamente, por apreciar que las posibilidades reales de estimar en un momento dado que se ha cometido prevaricación por dictar una resolución en aplicación de una ley contraria al Derecho, solo existen cuando tal ley públicamente "lesiona el contenido moral mínimo de una norma, ésto es, cuando se ordena tratar al prójimo ya no como persona, sino simplemente como cosa" (según la expresión de WELZEL), lo que viene a coincidir, aunque no por el camino de la estimación de todo lo extrajurídico, con las leyes que, ad exemplum, imponen la tiranía, el terror o el exterminio. Pero con la misma llaneza hay que confesar que ni aún en esta medida mínima por máxima injusticia, aquellas posibilidades reales existen en todo caso: la posguerra alemana e italiana y la actual situación española, son irrefutables demostraciones de ello. Más, cuando menos, nos lavamos la conciencia manteniendo en la esfera de los principios que la aplicación de leyes contrarias al Derecho "en una medida insoportable" o que impliquen las peores condiciones vitales para el ser humano, constituye prevaricación.

Un triste consuelo (1.408).

4. El elemento típico "injusto" y el bien jurídico.

La reflexión sobre las situaciones-límite que pueden presentarse respecto al elemento típico "injusta", permiten acceder a la comprensión de una cuestión que enunciaba al principio de este capítulo: la relación entre este elemento y el bien jurídico protegido por la norma, que no deben confundirse, pero que se presentan estrechamente conectados.

Súcitamente, ésta es la conclusión a la que, en mi opinión, puede llegarse: el bien jurídico limita a y es limitado por el elemento típico "injusta", por lo que éste realiza iguales operaciones sobre aquel.

En efecto, el elemento "injusta" supone un concepto, por una parte limitado por el bien jurídico: no se refiere a cualquier injusticia, sino sólo a aquellas que implican un ataque a la legalidad. Pero, por otra parte, es un concepto limitador del alcance del bien jurídico: no es "injusta" toda resolución contraria a la legalidad (por ejemplo, aplicar el derecho suprallegal, en lugar de las leyes contrarias al Derecho, o una resolución que decide no aplicar normas obsoletas reclamadas).

V. CONCLUSIONES GENERALES DEL CAPITULO TERCERO.

Primera. La determinación de la "injusticia" de la resolución administrativa, aparece problemática no solo por lo que concierne a las dificultades interpretativas

(1.408) Especialmente si consideramos que, siendo unas leyes de tal cariz propias, precisamente, del Estado tiránico, las graves consecuencia (entre otras justamente las derivadas de lo que ese Estado considera prevaricación) con que este amenazará la negativa a la aplicación de las mismas, fundamentarán el estado de necesidad.

de las fuentes del derecho, sino también por lo que respecta a la concreción del "derecho" frente al que se puede afirmar que algo es contrario a él.

Segunda. Frente a la opinión de alguna doctrina, nada hay en la ley, ni en su interpretación, que obligue a afirmar la necesidad de que la "injusticia" de la resolución del párr. 1o. del art. 358 C.p., sea también (como la del párr. 2o.) "manifiesta". Lo anterior es perfectamente compatible, en cambio, con la afirmación de que las resoluciones "manifiestamente" injustas también están tipificadas (junto a las "no manifiestamente" injustas) en dicho párr. 1o. Por último, el hecho de que la injusticia no sea "manifiesta" no implica (como parece indicar esa doctrina) que no se haya podido dictar "a sabiendas".

Tercera. La teoría subjetiva mantenida por parte de la doctrina alemana respecto a la "Rechtsbeugung", adolece de tres defectos fundamentales:

A) Que si afirma que es extremadamente difícil comprobar la objetiva corrección o incorrección de la "decisión" o "conducción" de un asunto jurídico, debe también admitir que no menor es la dificultad en comprobar cual es el "convencimiento" que el funcionario o juez tiene de lo que es "derecho" y en averiguar que, efectivamente, actuó en contra de ese "convencimiento" previamente determinado.

B) Que si difícil es saber cuál es el "derecho" objetivo que se "tuerce", no es más fácil conocer cuál es el "derecho" subjetivo del que está "convencido" el juez o el funcionario y en contra del que actúa.

C) Que si esta teoría podría tener virtualidad en un Estado de jueces y respecto a la "Rechtsbeugung" judicial, hay que señalar que ni aquel es el que realmente existe, ni, en todo caso, se explica así la "Rechtsbeugung" admi-

nistrativa, por lo mismo que no son iguales las vinculaciones al derecho del juez y del funcionario administrativo.

Cuarta. Si, ciertamente, la "teoría de los deberes" de RUDOLPHI puede ser reprochada de que replantea, sin resolverlas, las cuestiones que se controvierten desde las demás teorías (pero ahora referidas al deber), en cambio, hay que decir en su favor que permite un más acertado estudio del deber en el contexto de la prevaricación, así como del error y de la imprudencia, y, además, abre una vía de solución para los difíciles supuestos de aplicaciones de "leyes multívocas", de la "discrecionalidad" y de las decisiones "defendibles".

Quinta. La teoría mixta aparece como la menos aceptable de todas las teorías referidas a la "Rechtsbeugung", porque más que reunir las ventajas de cada una de ellas, auna los inconvenientes de las mismas.

Sexta. La específica tipificación de una prevaricación culposa en el párr. 2o. del art. 358 C.p., hace inaplicables a la figura de delito que describe este artículo las teorías subjetiva y mixta. El elemento "injusta" de los tipos de la norma de referencia, se explica conforme a la teoría objetiva, en la que deben insertarse los aspectos más positivos de la "teoría de los deberes" patrocinada por RUDOLPHI.

Séptima. Esta teoría objetiva no excluye la "injusticia" por desviación de poder (o injusticia por inadecuación de los fines), pues, a este efecto, mas que el fin subjetivamente perseguido por el funcionario, lo que importa es el fin que objetivamente aparece como perseguido por la resolución que aquel ha dictado. La prevaricación por desviación de poder admite la forma culposa.

Octava. Junto a las técnicas de control de la discrecionalidad a que se ha hecho referencia en el Cap. anterior, hay que añadir aquí la posibilidad de existencia de prevaricación porque la injusticia de la resolución consiste en la no utilización de los medios y métodos científico-jurídicos, que el funcionario tiene el deber de emplear en todo caso y especialmente en supuestos de "leyes multívocas" y de "discrecionalidad", para que su resolución sea realmente "defendible".

Novena. A) El término "manifiestamente" significa claro, notorio, evidente, ostensible, etc.; no significa grave.

B) ~~Se debe entender~~ en íntima relación con la existencia de un deber de cuidado y de conocimiento, objetivado y profesional. Expresa que la injusticia de la resolución sea tan clara que no ofrecería duda a un funcionario medio que estuviese en la misma situación que se examina en el caso concreto.

C) Su función es la de limitar el alcance de las prevaricaciones culposas en relación al que tienen las dolosas. Al mismo tiempo, traza una frontera entre las resoluciones que siendo "injustas" no provocan más que la apertura de la vía de recursos (resoluciones injustas, penalmente admisibles) y aquellas que a lo anterior aunan la posible responsabilidad penal (resoluciones injustas tipificadas).

Décima. A) La "negligencia o ignorancia inexcusable" se corresponde con la "imprudencia temeraria".

B) Su función es excluir todas aquellas otras formas de culpa que no sean las de mayor gravedad, sin prejuzgar con ello la estructura de la negligencia y excluyendo la aplicación del art. 565.

C) Se refiere a la infracción del mínimo deber profesional y objetivo, de cuidado y conocimiento. Para su entendimiento no puede acudirse al art. 262 L.O.P.J.

D) La utilización de la expresión "inexcusable" en singular, no impide que se refiera tanto a la negligencia como a la ignorancia, debiendo en el futuro corregir se el número, sustituyendo la actual errata por el mismo término en plural.

Décimo primera. A) La expresión "a sabiendas" implica un conocimiento de los elementos "resolución", "asunto administrativo" y de la "injusticia" de la resolución.

B) El error sobre estos elementos si es invencible implica la ausencia de responsabilidad penal; si es vencible, hace desaparecer esa responsabilidad a título del párr. 1o. del art. 358 C.p., pero deja subsistente (si el grado de culpa es el exigido por el tipo y la resolución "manifiestamente" injusta) la responsabilidad penal conforme al párr. 2o. de ese artículo. El funcionario que, convencido de estar dictando una resolución objetivamente injusta, por error decide en realidad de forma objetivamente correcta, incurre en un error al revés impune.

C) La expresión "a sabiendas" cumple la función de excluir todo lo culposos (también la culpa consciente) y circunscribir el tipo a la comisión dolosa, incluido el dolo eventual conforme a la teoría de la probabilidad. La no admisión del dolo eventual conduciría a situaciones no aceptables; pero, su admisión, además de implicar una advertencia a operar con extrema cautela en cada caso concreto, solo se verificará para un reducido número de supuestos.

Décimo segunda. A) La "injusticia" de la resolución puede consistir en la infracción de una norma "sustantiva"

o procesal, en el retraso de su dictado, en la omisión de un acto necesario para este, en la aplicación de una norma no vigente o inadecuada; derivar de una interpretación incorrecta del derecho aplicable, de una falsa apreciación de los hechos, de una valoración indebida de la prueba o de la ausencia de práctica de esta; ser producto de la no utilización de medios y métodos científico-jurídicos.

B) Igualmente, la "injusticia" de la resolución puede consistir en la aplicación de una norma anticonstitucional o en el apartamiento de los valores o intereses constitucionalmente protegidos. La posibilidad de dictar una resolución fundada en una norma anticonstitucional que aún no ha sido declarada así por el órgano competente, obliga a su no dictado y a la remisión de la cuestión de inconstitucionalidad a dicho órgano; no hacerlo así, puede implicar una resolución "injusta".

C) La resolución dictada conforme a una norma obsoleta, normalmente será injusta. Mientras que la resolución que se niegue a dicha aplicación de la ley obsoleta, ordinariamente no engendrará "injusticia".

D) La "injusticia" de la resolución puede consistir en la contravención del derecho supralegal. Razones de atender al principio de seguridad y, sobre todo, a la realidad socio-política de cada momento, obligan a limitar, en la esfera de lo general y sin negar que puede (y debe) no suceder así en algunos casos, la "injusticia" por aplicación de las leyes contrarias al derecho supralegal a aquellos casos de contrariedad "insostenible" o de leyes que impongan las peores condiciones vitales para el ser humano, y ello salvando las posibles exenciones de responsabilidad por concurrencia de estado de necesidad.

Décimo tercera. Bien jurídico y elemento típico "injusta" se relacionan interlimitándose, pero no se confunden.

CAPITULO CUARTO

AUTORIA Y PARTICIPACION. EJECUCION.

CONFIGURACION JURIDICA DEL DELITO.

C A P I T U L O C U A R T O

AUTORIA Y PARTICIPACION. EJECUCION. CONFIGURACION

JURIDICA DEL DELITO.

SUMARIO DEL CAPITULO CUARTO.

- I. SOBRE LA AUTORIA DEL "EXTRANEUS".
- II. AUTORIA Y PARTICIPACION DEL "INTRANEUS". CARACTER
 RIZACION DEL SUJETO ACTIVO.
- III. SOBRE LA AUTORIA MEDIATA DEL "INTRANEUS".
- IV. CONFIGURACION JURIDICA DEL DELITO.
 - 1. No es delito de propia mano. Argumentos a fa-
 vor de la admisión de un resultado.
 - A) La comisión por omisión
 - B) El resultado. Dificultad de las formas im-
 perfectas de ejecución.
 - C) Causalidad.
 - D) La incidencia de la modalidad culposa.
 - E) La consideración del resultado en la preva-
 ricación judicial.
 - 2. Configuración de los tipos.
- V. CONSECUENCIAS DE LA CONFIGURACION JURIDICA DEL DEL
 LITO.
 - 1. Imposibilidad de la autoría mediata.
 - 2. Delito especial propio, no de propia mano. Di-
 ferencias.
 - 3. Coautoría en los órganos colegiados.

4. Posibilidad de frustración.
 5. Admite la comisión por omisión
 6. La tentativa inidónea.
- VI. NEGACION DE LA AUTORIA MEDIATA DEL "EXTRANEUS".
INDUCCION, COOPERACION NECESARIA Y COMPLICIDAD
DEL EXTRAÑO.
- VII. EL "EXTRANEUS" EN RELACION A LA COEJECUCION DEL
No. 1 DEL ART. 14.
- VIII. CONCLUSIONES GENERALES DEL CAPITULO CUARTO.

Al considerar, en sede de bien jurídico, la teoría de los "Pflichtdelikte", he indicado que los supuestos de participación que pueden plantearse respecto al delito del art. 358 C.p., ratificarían la opinión que allí he mantenido (1.409). He aquí ahora, partiendo de la orientación entonces marcada, tales supuestos. Por lo demás, su planteamiento lleva al hilo, como se verá, el tratamiento de los otros temas que anuncio en la rúbrica del presente Capítulo, lo que justifica la exposición conjunta de todos ellos.

I. SOBRE LA AUTORIA DEL "EXTRANEUS".

El "extraneus" nunca podrá ser autor inmediato y único del delito (1.410). Pero, la razón última de ello no estriba en que no existiendo deber para él no puede infringirlo, sino en que el deber no existe por que el bien jurídico en relación al que surgiría resulta inalcanzable para tal sujeto en esas condiciones. Sus acciones se muestran ineficaces para producir el ataque previsto por la norma: no tiene sentido imponer un deber de resolver justamente a quien no puede dictar resoluciones, a través de las cuales lesione el bién jurídico protegido por el art. 358 C.p.

Cosa diferente a lo que acabo de señalar es que la norma en que se contenga un delito especial, en este caso un "delito de funcionario", se dirija o no también al "extraneus". Evidentemente no lo hace en cuanto autor inmediato y único; puesto que en esta situación le resulta inaccesible el bien jurídico que tal norma protege. Pero lo hace, en cambio, en cuanto partícipe, en la medida en que su participación le abra el camino para llegar a afectar al bien jurídico.

(1.409) V. mas atrás, Cap. segundo, IV, 8, B).

(1.410) V., QUINTERO, "Los delitos especiales..." cit. pg. 78.

El delito especial, en consecuencia, al igual que todo delito, se dirige a todos los individuos y no solo a un sector de ellos en función de la específica posición que ocupan en la sociedad (1.411).

Ahora bien, la notoria diferencia entre unos y otros sujetos de poder acceder o no directamente al bien jurídico, tiene elementales consecuencias: la existencia para los primeros de específicos deberes de hacer o no hacer, que, en cambio, no tienen los segundos. Pero, nótese bien, ello nace de la respectiva relación con el bien jurídico.

Lo común a ambos es un genérico deber de respeto al bien jurídico, nacido de que su protección jurídica es frente a todos.

La cuestión de si el supuesto aludido al principio puede reconducirse a la vía de la tentativa imposible, ha sido resuelta hace tiempo por la doctrina en sentido negativo (1.412).

En íntima conexión con lo anterior se halla el supuesto de error sobre la cualificación que ha de ostentar al sujeto activo.

(1.411) V. sobre este tema QUINTERO, "Los delitos especiales..." cit., pgs. 33-50 y ALLEGRA, "Azione del resto propio..." cit.,

(1.412) V., p. ej., VON HIPPEL, "Deutsches Strafrecht. Zweiter Band: Das Verbrechen Allgemeiner Lehrer" Berlin, Verlag von Julius Springer, 1930, pg. 437, n. 7 (basándose en FRANK); respecto al ordenamiento español, dice RODRIGUEZ DEVESA: "el artículo 52 excluye tácita, pero claramente, la punición cuando la inidoneidad radica en el sujeto ("P. G." cit., pg. 669).

A este respecto, es suscribible la opinión de NÚÑEZ BARBERO según la cual "si una persona creyendo revestir la cualidad de funcionario, sin serlo realmente, trata de cometer, o comete, alguno de los hechos especificados en los arts. 351 y siguientes del Código penal, ¿podremos decir que fuera del propio pensamiento existe el delito?". (1.413).

II. AUTORIA Y PARTICIPACION DEL "INTRANEUS". CARACTERIZACION DEL SUJETO ACTIVO.

El funcionario, en cambio, sobre el que existe un específico deber porque le resulta accesible el bien jurídico, puede infringir aquel sin que, no obstante, puede decirse que es autor del delito de prevaricación: el funcionario que emite un injusto informe en el que debe basarse la ulterior resolución de otro funcionario, quien, efectivamente, la dicta, siendo injusta en función de dicho informe, evidentemente ha infringido el mismo deber que este último -en la Administración del Estado: arts. 88, d, L.F.C.A.E. y 6, f, Reg. R.D.F.A.E. (1.414)- y, sin embargo, no puede estimársele autor del delito ejecutado.

Tiene acceso al bien jurídico, de ahí que surja un singular deber en relación a él, pero su acción, que conduce un ataque a dicho bien jurídico, resulta, pese a ello, inidónea para materializar el específico ataque al mismo requerido por la norma: puede haberlo puesto en peligro, pero no lo ha lesionado, que es lo que aquella exige.

(1.413) "El delito posible", Universidad de Salamanca Edita, 1963, pg. 138.

(1.414) Art. 88, d): "Se considerarán faltas muy graves... la emisión de informes o adopción de acuerdos manifiestamente ilegales". Igual el art. 6, f) del Reg.

Es, meramente, un partícipe; como lo muestra el hecho de que los códigos penales de 1848 (art. 264), 1850 (art. 270) y 1870 (art. 369), castigaban no solo al que dicta resolución, sino al funcionario "que dictare o consultare providencia o resolución"; el de 1928 (art. 419), al funcionario que "dictare o propusiere providencia o resolución"; hasta que en 1932 (art. 363), se llega a la fórmula actual de "dictare resolución"; con ello se indica que cuando se ha querido castigar al partícipe como autor, la ley lo ha señalado así expresamente y, al contrario, que cuando no lo dice es que quiere imponerle el castigo del partícipe y no el del autor (1.415).

-
- (1.415) Cfr. F.- Ch. SCHROEDER, "Der Täter..." cit., pg. 87; GIMBERNAT, "Autor y cómplice..." cit., pg. 298; RODRIGUEZ MOURULLO, "El autor mediato..." cit., en "Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho..." cit., pg. 575; QUINTERO, "Los delitos especiales..." cit., pg. 102. V. también indirectamente y con terminología confusa, respecto a la prevaricación, QUINTANO, "Curso..." cit., T. II, pg. 549. Antes, VIADA, "Código penal reformado de 1870..." cit., T. II, pgs. 531-532. V. en el sentido del texto, cuando la redacción todavía no se había modificado, TEJERA, "La prevaricación..." cit., pgs. 229 y 233 i.f. Las razones de la modificación en 1932, las explica así LOPEZ-REY: "En el actual 363 se ha excluido la palabra providencia, dejando sólo la de resolución injusta, que puede ser equiparada a la de sentencia que se emplea al hablar de los funcionarios judiciales. Con ello se evita una desigualdad, ya que para estos últimos el texto reformado no recogía las providencias, y el referir a ellas la prevaricación en los funcionarios administrativos era expuesto a grandes abusos e inseguridades. También, con acierto, se ha radiado la expresión consultare, ya que el hecho simple de consultar una resolución injusta no puede ser equiparado al de dictarla" ("La reforma del Código Penal Español 5 de noviembre de 1932", Separata de la RDPco. no. 11, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1932, pg. 64).

El funcionario informante podrá ser, en el caso descripto, cooperador necesario, inductor o cómplice (según las demás características que se presenten), pero no autor.

Cabe, sin embargo, estimar que, en el ejemplo propuesto, aún existiendo una equiparación legal de los respectivos deberes de cada uno de los dos funcionarios, al que emite el informe no le incumbe exactamente el mismo deber que al que dicta la resolución. Dicho de otra manera, que la fórmula legal del art. 358 exige en el autor idóneo no sólo la cualidad de funcionario, sino que a ella una la de poder dictar resoluciones, tener capacidad decisoria (1.416).

-
- (1.416) V., E. CUELLO, "El nuevo C.P. español..." cit., vol. II, pgs. 306 ("son sujetos de este delito todos los funcionarios públicos que por razón de su cargo puedan dictar resoluciones") y P.E. cit., vol. I, pg. 404; JASO, "P.E." cit., pg. 197 ("unicamente los órganos de decisión pueden cometer este delito"; esta opinión la ha recogido literalmente la S.T.S. de 30-V-1973); GONZALEZ NIETO, "Responsabilidad de los miembros y funcionarios de las Entidades locales" en REVL, no. 77, sept-oct. 1954 pg. 684 ("Sujetos de este delito son solamente los funcionarios públicos que por razón de su cargo puedan dictar resoluciones en asuntos administrativos..."); QUINTANO. "Curso.." cit., T. II, pg. 557 (el concepto de prevaricación está referido a "faltar conscientemente" a los deberes "específicos implicando una decisión"); RODRIGUEZ DEVEZA, "P.E." cit., pg. 1004 ("Sujeto activo no pueden ser más que los órganos decisorios de la Administración"). MAURACH ha señalado, al hablar de los "delitos de los funcionarios públicos" como ejemplo de "los delitos especiales en sentido estricto", que "es preciso tener en cuenta que en los delitos de los funcionarios se distingue además un grupo más reducido, cuyos tipos sólo pueden ser llevados a cabo por determinados titulares de la función"; como ej. de ello propone, entre otros, "la prevaricación (§ 336, que tan sólo puede ser cometido por el Juez, siendo su esfera muy debatida)" ("Tratado..." cit., T. I. pg. 290; el subrayado en el original. Debe recordarse, sin que ello obste a la aceptación de

Desde este punto de vista, el funcionario informante sería un "extraneus" (1.417).

Escojamos, entonces, un supuesto en el que se colmen estas exigencias: un guardia municipal entrega a otro un bolígrafo que este le requiere para extender una injusta multa.

... la característica general resaltada por el autor e, incluso, a su singular proyección sobre el § 336, que el delito que él contiene no solo puede ser cometido por Jueces, sino que también se refiere a la "Rechtsbeugung" de funcionarios administrativos).

(1.417) El que en el supuesto descrito en el texto los aludidos sujetos sean "extraños", no evita su responsabilidad como partícipes a título de co-operadores necesarios, inductores o cómplices (según los casos): Cfr., en este sentido, sobre la responsabilidad de los "particulares" partícipes en este delito, VIADA, "C. P. reformado de 1870" cit., T. II. 532; E. CUELLO, "El nuevo C.P. español..." cit., pgs. 294-295; TEJERA, "La prevaricación..." cit., pgs. 57-59 y 224; SANCHEZ TEJERINA, "Derecho Penal..." cit., T. II, pg. 179; JASO, "P. E." cit., pg. 193; FERRER "Comentarios..." cit., T. IV, pg. 58; QUINTANO, "Curso..." cit., T. II, pg. 549. Según MARQUEZ AZCARATE, en la participación del "particular", "no parece existir otra alternativa que la impunidad o el castigo como simple cómplice cualquiera que haya sido el grado de participación en el delito, pareciendo esta la solución más adecuada" ("C.P..." cit., pg. 386; en el mismo sentido, literalmente, PUIG PEÑA, "P. E." cit., pg. 402, no. 3): en mi opinión, también pueden existir "participaciones" propias de "autor" según los núms. 2 y 3 del art. 14.

Parafraseando a GIMBERNAT, cuando se refiere al funcionario que entrega las tijeras a otro para que este abra la correspondencia privada antijurídicamente detenida, cabe decir que, aún existiendo infracción del deber, el hecho es que la acción de entregar el bolígrafo no es directamente subsumible en el art. 358: el que lo entrega no "dicta resolución", la dicta otro; e, igualmente, cabe preguntar: ¿a quién podría convencer un juez que castigase como autor al funcionario que viola sus deberes entregando el bolígrafo? (1.418). También aquí habría que responder que a nadie, que autor es sólo el que dicta la resolución; que la conducta de ayuda que supone entregar el bolígrafo, es atípica en el sentido del art. 358; que sólo es punible aplicando este artículo en relación al 16, pues el primer funcionario sólo ha cooperado, no necesariamente, a la ejecución del hecho (dictar resolución injusta).

III. SOBRE LA AUTORIA MEDIATA DEL "INTRANEUS".

El "intraneus" que se vale de un no cualificado para cometer el delito del art. 358, incumple su deber y, no obstante, no puede estimarse autor mediato de este delito (1.419), pues el instrumento (sea o no doloso) es absolutamente ineficaz para conducir el ataque previsto por la norma contra el bien jurídico protegido por ésta. La actividad del "extraneus" no es que no produzca una resolución injusta, es que no produce resolución alguna; difícilmente un nada podrá lesionar el bien jurídico en la medida requerida por el tipo.

Podrá haber, acaso, una falsedad (si la resolución es escrita) o una usurpación de funciones (si la resolución es escrita, oral o mímica), en donde resolver los

(1.418) V., GIMBERNAT, "Autor y cómplice..." cit., pg. 298

(1.419) V., ANTON, "P.G." cit., pg. 436 y GIMBERNAT, "Autor y cómplice..." cit., pgs. 291-292.

problemas de autoría y participación, tras determinar el ataque a los bienes jurídicos respectivos; pero no una prevaricación.

Según JASO, ante el problema "de si un intraneus puede cometer el delito sirviéndose de otro intraneus o de un extraneus", "se inclinan los autores por la afirmativa, ya que entienden que, mientras no aparezca claro lo contrario en el texto de la Ley, hay que entender que lo que ha sido prohibido no es una determinada conducta personal, sino la producción de un determinado resultado por la persona especialmente cualificada" (1.420)

Por mi parte, me acabo de manifestar en contra de la autoría mediata en la segunda de las dos alternativas que ofrece este autor en el texto acabado de reproducir. Respecto a la que, sin duda, olvida que si lo que se prohibe es la producción de un resultado determinado (hay que entender que se refiere al resultado típico), este no aparece con la acción del "extraneus"-instrumento.

En cuanto a si dicha autoría mediata puede existir cuando al instrumento es también "intraneus", entiendo que debe responderse afirmativamente; constituyendo el único supuesto en el que esta figura es admisible respecto al delito en estudio, como más adelante se verá al dehechar igualmente la autoría mediata del extraneus. Como cautela hay que advertir que debe verificarse cuidadosamente que efectivamente ambos son "intraneus" (1.421); aunque, desde luego, el supuesto es posible en la prevaricación administrativa: por ejemplo, en caso de delega-

(1.420) "P. E." cit., pg. 193

(1.421) V. mas atrás, n. 1.416.

ción en que el delegante instrumentalice al delegado.
(1.422).

IV. CONFIGURACION JURIDICA DEL DELITO

1. No es delito de propia mano. El resultado: argumentos a favor de su admisión.

Precisamente el ejemplo de la prevaricación en la negativa a admitir la autoría mediata en supuestos de "intraneus" sobre "extraneus" en delito especial de propia mano, es un tópico en la literatura alemana (1.423). No creo, sin embargo, que el art. 358 C.p. sea un caso de tal hipótesis, contenga un delito de propia mano (1.424). So pena de tener que admitir que esta categoría no es "una variedad de delitos de actividad" (1.425),

(1.422) V. también a este respecto, el ej. del ponente en un órgano colegiado que plantea SEEBODE, "Das Verbrechen der Rechtsbeugung" cit., pg. 117.

(1.423) Refiriéndose a la prevaricación judicial (que no agota los supuestos del §336 StGB) V., p. ej., BINDING "Grundriss des Deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil", 8 Aufl. Leipzig, Verlag von Félix Meiner, 1913, pg. 146; WELZEL, "Studien zum System des Strafrechts", en ZStW, Bd. 58, 1939, pg. 548, n. 77.

(1.424) En contra, CORDOBA, "Notas" al "Tratado..." de MAURACH cit., T. I. pg. 287. Contradictoriamente, sin embargo, mas tarde (Ob. cit., T. II, 312) al diferenciar los delitos especiales estrictos de los de propia mano, sitúa la prevaricación entre aquellos, conforme a la distinción a que más adelante me referiré: en este Cap., V, 2.

(1.425) GIMBERNAT, "Autor y cómplice..." cit., pg. 232, n. 30.

en los que "el contenido de lo injusto no consiste en una determinada causación de un resultado, sino en una actividad" (1.426). Porque, en mi opinión, la prevaricación del art. 358 C.p. es un delito de resultado (1.427)

A) La comisión por omisión

Terminante (1.428) para admitir que es un delito de resultado, es el hecho de que admita la comisión por omisión (1.429). A esta admisión solo puede ofrecer resistencia una férrea interpretación gramatical del término "dictare" del art. 358 C.p. que, en mi opinión, no es de recibo. No se trata (aquí como en cualquier hipótesis de comisión por omisión) de si el no hacer del sujeto, en este caso del funcionario, es identificable con la acción material de "dictar", a lo que siempre habría que responder negativamente. Sino que se trata de si, en el contexto de la norma que se considera (aquí, art. 358 C.p.), en el ámbito del ordenamiento en que está situada (en este

-
- (1.426) GIMBERNAT, "Autor y cómplice..." cit., pg. 230. Mismo autor y ob., pg. 229: "se trata de hechos punibles en los que el contenido de lo injusto lo constituye no la causación de un resultado, sino el ejercicio de una acción especialmente re probable". V., MAURACH, "Tratado..." cit., T. I, pgs. 287 y sgs.
- (1.427) En contra, RODRIGUEZ RAMOS, "El resultado..." cit., pg. 51.
- (1.428) V., RODRIGUEZ DE VESA, "P. G." cit., pg. 327; RODRIGUEZ MOURULLO, "La omisión de socorro en el Código penal", Madrid, Editorial Tecnos, 1966, pgs. 72-78.
- (1.429) Ya me he referido en distintos lugares a esta posibilidad (especialmente en el Cap. primero). La duda que puede suscitarse, dada la consideración del silencio administrativo negativo por la doctrina administrativista dominante (que, por lo demás, no tiene necesariamente que vincular a las estimaciones penales), respecto a si la denegación emanada del silencio reúne los caracteres de resolución, no existe, en cambio, en el caso del

caso, dentro del Código penal, su relación con las demás hipótesis de prevaricación) y, en suma, en el conjunto del ordenamiento jurídico (a cuyo efecto es relevante, en el caso en estudio, la normación administrativa), puede estimarse equivalente a la activa causación del resultado ("resolución") la aparición de este cuando el sujeto, el funcionario, hubiera podido impedirla cumpliendo su deber jurídico de actuar (1.430). Lo que no creo que pueda negarse ni sobre la interpretación del término "dictare", ni a la vista de la función que cumple el art. 357 respecto a la prevaricación judicial, referida a una actividad en la que no existe (no puede existir) el instituto del silencio con los efectos del administrativo, ni ante la consideración de la regulación de éste último en el terreno del derecho administrativo -arts. 94 y 95 L.P.A., especialmente, art. 94, 3, último i. y 49, i. último y 61, 2 (1.431) del mismo texto legal-.

Sin embargo, hay que advertir que en los supuestos de comisión por omisión debe procederse con exquisito cuidado. Porque el término "dictare", cumple la impor-

-
- ... silencio positivo, unánimemente considerado auténtica resolución, por lo que, en todo caso, quedaría abierta por esta vía la posibilidad cominativo-omisiva y, consecuentemente, habrá que mantener la necesidad de admitir un resultado en la prevaricación del artículo 358 C.p.
- (1.430) Cfr. RODRIGUEZ DEVESA; "P.G." cit., pg. 327; RODRIGUEZ MOURULLO, "La omisión..." cit., pgs. 94-95 y 106-108.
- (1.431) Comentando esta última norma, que establece la posibilidad de apertura de expediente disciplinario por causa de resolución dictada transcurridos seis meses desde la iniciación, dice GONZALEZ PEREZ: "Norma puramente platónica que se infringe a diario en todos y cada uno de los Departamentos ministeriales. Ni se resuelven los procedimientos -al menos en buena parte- en el plazo de seis meses, ni se consigna causa excepcional alguna que justifique la demora, ni se ordena la incoación de expediente disciplinario alguno, aún cuando en bastantes casos la razón de la demora no es

tante función de hacer una llamada de atención al efectivo incumplimiento del deber de dictar expresa y justa resolución, por parte del sujeto al que realmente incumbe tal deber; solo quien puede "dictar" la resolución tiene el específico deber de garantizar el mantenimiento de la legalidad en la actividad administrativa que aquella concreta y, por tanto, de dictarla expresa y justamente. Tan negativa (o positiva) resulta la resolución emanada del silencio en el caso de que no se tramite la petición o el recurso por parte del funcionario inferior (carente de capacidad de resolver una u otro y, en consecuencia, sin deber de hacerlo expresa y justamente), como en el caso de que, cumplido todo su periplo procedimental-administrativo, llegue al encargado de resolver la petición o el recurso (y, consiguientemente, sometido al deber de hacerlo expresa y justamente); pero, solo en el segundo caso podrá hablarse (de concurrir las demás características típicas) de prevaricación respecto de tal resolución. El hacer del funcionario inferior, contrario a la inactividad demostrada, en el primer caso quizá habría impedido la aparición de ese resultado, lo que no es seguro y, por tanto, no equivale a una factica causación del mismo. Mientras que, con su actuación, el funcionario del segundo supuesto habría impedido la producción de tal resultado.

... el exceso de trabajo y el escaso número de funcionarios, sino la actividad de los órganos superiores, que ante la impunidad más absoluta de que gozan se abstienen deliberadamente de dictar resolución expresa en todos aquellos expedientes que les son molestos. Y hasta, en ocasiones, no dudan en emplear la incorrecta fórmula -incorrecta desde todas las perspectivas- de notificar al interesado que su petición ha sido desestimada por silencio administrativo" ("El procedimiento..." cit., pg. 495).

Este ha "dictado", por omisión, resolución; no el primero. Ello independientemente de la calificación jurídica que merezca la actuación del funcionario inferior al decidir no tramitar el asunto; ya que no es esta deci-sión la que ahora interesa, sino la "resolución" emanada del silencio, de la que no puede decirse que en todo caso la haya "dictado" aquí, pues incluso si hubiera actuado correctamente, todavía era necesario que el funcionario superior actuara también correctamente y, en lugar de guardar silencio, emitiera una "resolución" expresa y justa.

B) El resultado. Dificultad de las formas imperfec-
tas de ejecución.

La resolución constituye el resultado del delito de prevaricación del art. 358 C.p. Paralelamente a la afirmación de RODRIGUEZ DEVESA respecto al art. 407, se puede decir del 358 que dictar resolución no es la "activi-dad" de resolver, sino ésta más el resultado resolución (1.432).

Cierto, no obstante que en determinados supuestos la individualización de tal resultado es prácticamente imposible. Así, cuando se dicta una resolución oral o en casi todos los supuestos de resolución mímica. Pero, de ello lo único que cabe deducir es la dificultad (imposibilidad) de formas imperfectas de ejecución (especialmente, frustración) en muchos supuestos de prevaricación.

Lo que, sin embargo, no puede asentarse como crite-rio general. Singularmente, respecto a las resoluciones escritas y especialmente si se considera que el resulta-

(1.432) V., RODRIGUEZ DEVESA, "P. G." cit., pg. 313 y n. 3 de la pg. 312.

do resolución debe reunir todos los requisitos jurídico-administrativos exigidos por la ley para los actos o las normas, en el sentido de requisitos necesarios para entrar el tráfico jurídico, no en el sentido de total ausencia de posibilidades de anulación o de nulidad (1.433): ¿puede considerarse consumado un delito de prevaricación en el supuesto de un Director General o un Ministro cuya injusta resolución de obligada inserción en el B.O.E., no aparece porque, habiendo dado la orden en este sentido, se ha producido su cese y el funcionario encargado de cumplirla espera el nuevo nombramiento y, producido éste, el nuevo Director General o Ministro dispone lo contrario?

-
- (1.433) Como es obvio: art. 47, 1, b), 20.i. ("Los actos de la Administración son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:... b) Aquellos..... (que) sean constitutivos de delito"). V. la referencia de este supuesto de nulidad al delito de prevaricación en GONZALEZ PEREZ, "La justicia administrativa en España", Madrid, Ediciones Civitas, 1974, pg. 154 y "El procedimiento..." cit., pg. 325; T.-R. FERNANDEZ, "Curso..." cit., T.I. pgs. 437-438, con especial referencia a una práctica viciada que favorece la impunidad real de la prevaricación: "por ejemplo, aunque la desviación de poder puede implicar un verdadero delito de prevaricación..., no se hace nunca alusión a esta última para no entorpecer ni retrasar (ante la necesidad del Tribunal contencioso de abstenerse de actuar, y pasar el tanto de culpa a los Tribunales penales) la declaración de nulidad del acto, que la desviación de poder posibilita sin más".

Si se admite la frustración en el delito en estudio, inmediatamente se niega su hipotética configuración como delito de mera conducta (1.434) y se afirma la de delito de resultado.

C) Causalidad

A igual conclusión conduce la consideración de los problemas causales que pueden plantearse en la prevaricación del art. 358 C.p.: ¿quid si en el ejemplo acabado de exponer el Ministro o Director General entrante, aprovechando lo ya efectuado por su predecesor, ordena definitivamente la inserción en el B.O.E. de la injusta resolución, lo que así sucede? Tanto la doctrina científica (1.435)

-
- (1.434) V., RODRIGUEZ RAMOS, "El 'resultado'..." cit., pg. 61, conclusión 3a. Para este autor, como queda dicho, el delito en estudio es de mera conducta: en consecuencia, en su opinión, no admitirá frustración. Según ORTIZ DE ZUNIGA y CASTRO y OROZCO, no "es fácil concebir el caso de delito frustrado ni de tentativa en la infracción de que trata este artículo" ("C. P. explicado..." cit., pg. 188). FERRER, comentando la prevaricación judicial, art. 351, entiende (en términos que admiten paralelo en el art. 358) que el delito es de mera conducta, que, consiguientemente, no cabe frustración y que, por ser de un sólo acto, tampoco puede concebirse la tentativa ("Comentarios..." cit., T. IV, pgs. 64-65; en el mismo sentido, TEJERA, "La prevaricación..." cit., pgs. 61-64, 82, 163-164, 170, 175, 201, 234 y 237).
- (1.435) V., HUERTA FERRER, "La relación de causalidad en la teoría del delito", Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1948, pg. 363; JIMENEZ DE ASUA, "Tratado..." T. III, cit., pg. 639; MAURACH, "Tratado..." cit., T. I. pgs. 244-246; S. HUERTA, "Aborto..." cit., pg. 67.

como algunas sentencias del T.S., consideran que el nexo causal se interrumpe por la intervención posterior de un tercero debida a imprudencia o error, ¡cuánto más se interrumpirá si dicha actuación obedece a dolo! En el ejemplo propuesto, la actividad del Ministro o Director General entrante puede revestir cualquiera de las tres formas aludidas; en todos los casos habrá interrupción del nexo causal. El Ministro o Director General saliente no responderá sino por lo efectuado hasta la segunda intervención, es decir, por prevaricación frustrada. El entrante, por prevaricación consumada (1.436).

D) La incidencia de la modalidad culposa

Al mantenimiento de la idea de que el delito del art. 358 C.p. es de resultado, ayuda al dato (no definitivo, pero sí sólidamente orientativo en este sentido) de su castigo en versión culposa (argumento ex lege: párrafo 2o. del artículo 358). Ciertamente es que actualmente se predica la posibilidad de comisión culposa de los delitos de simple actividad (1.437), pero no menos cierta resulta

(1.436) Siempre, claro está, que dichas formas se avengan, respectivamente, con los términos en que se expresan los elementos subjetivos de la prevaricación de cada uno de los dos párrs. del art. 358 C.p.

(1.437) MAURACH, "Tratado..." cit. T. II, pg. 226, RODRIGUEZ MOURULLO, "La omisión de socorro..." cit., pgs. 267-269; BERISTAIN, "Resultado y delito de peligro" en RFDUCM núms. 34-35-36, 1969, pgs. 462-464; RODRIGUEZ DEVESA, "P.G." cit., pg. 407; RODRIGUEZ RAMOS, "El resultado..." cit. pgs. 57 y 59. V. también a este respecto la construcción de QUINTANO, "Derecho penal de la culpa..." cit., pgs. 196 y sgs. y 238, que le lleva a conclusiones distintas sobre la base de que "resultado y objeto son (en algunos delitos) jurídico formales, no materiales o concretados en algo sustancial específico" (Ob. cit., pg. 238; V. también, del mismo, "Compendio..." cit., T.I. pg. 180), "que es por lo que son posibles delitos por imprudencia en que ese resultado típico no sea físicamente -

la afirmación de NUÑEZ BARBERO de que "siguiendo la teoría clásica, en la que se inspiran aún, esencialmente, parte de las legislaciones contemporáneas, el delito culposo comporta entre sus elementos constitutivos un resultado dañoso" (1.438), lo que plantea sobre el código penal en general, y más sobre un delito que, como la prevaricación del actual artículo 358, ha permanecido inmodificado en este aspecto desde 1848, la necesidad de admitir como re gla general que se castigan en versión culposa sólo los

... apreciable, como en la prevaricación por ignorancia del artículo 355" ("Derecho penal de la culpa..." cit. pgs. 196-197); pero es muy dudoso, a mi juicio, que una sentencia (resultado en el art. 355) sea algo no apreciable físicamente, tanto si es oral como escrita; cuestión diferente es que en los casos de sentencia oral sea prácticamente imposible separar la consumación de la frustración.

(1.438) NUÑEZ BARBERO, "El delito culposo..." cit., pg. 40. Según MAURACH, que acepta la comisión culposa de los delitos de simple actividad, el hecho de que, frente a estos, sean sin duda predominantes los delitos culposos de resultado, es "una característica del desenvolvimiento histórico de los delitos culposos, en el que homicidio, lesiones e incendio van en vanguardia" ("Tratado..." cit. T. II. pg. 226). No solo desde la teoría clásica" a que alude NUÑEZ, sino también desde la perspectiva finalista, se ha afirmado por algún autor que si ciertamente el desvalor de la acción es el esencial del delito culposo, ya que la causación del resultado solo es antijurídica si se produce como consecuencia de la inobservancia del cuidado debido, el resultado no es, sin embargo, como pretendiera WELZEL, un elemento meramente adicional o restrictivo, sino constitutivo de lo injusto de los delitos culposos (V., CEREZO, "Notas" a "El nuevo sistema de derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista" de Hans WELZEL, Versión castellana y notas por José Cerezo Mir, Barcelona, Ediciones Ariel S. A., 1964, pg. 18, n. 4; del mismo, "La acción y la omisión como primer elemento del delito", Separata de MC, Madrid, 1977, pg. 115, n. 44).

delitos de resultado, mientras que el castigo de culposos delitos de mera conducta es una excepción, que debe demostrarse caso por caso. Dicho de otra manera: cuando en la ley aparece un específico tipo culposo, la hipótesis más probable es que se trate de un delito de resultado; cuando en la ley aparece un delito de simple actividad, lo más probable es que no admita la forma culposa: su admisibilidad debe demostrarse en contra de esa probabilidad general. Esta tendencia legislativa, por lo demás, no es algo que pueda considerarse hoy definitivamente superado: MAURACH ha señalado que el hecho de que sean muchos más los delitos culposos de resultado que los delitos culposos de simple actividad es (además de una característica del desenvolvimiento histórico) "una consecuencia de que en los hechos imprudentes más que la modalidad de causación del resultado determinante del tipo, y más que el implícito desvalor de la acción, interesa el resultado antijurídico como tal, independientemente del modo como se ha producido; el tipo básico del delito culposo lo es, decididamente, el "simple delito de causación" (1.439).

Más aún, el mismo hecho de que tanto la versión dolosa como la culposa de la prevaricación del artículo 358 del código penal se castiguen con pena igual, parece denotar que el pensamiento del legislador ha sido: "ciertamente situó en el párrafo 2o. una conducta que, por su menor culpabilidad merece menor pena; pero, habida cuenta de que, a cambio, sólo la castigo cuando conduce a un resultado ("resolución manifiestamente injusta) más grave

(1.439) "Tratado..." cit., T. II, pg. 226, subrayado y entrecomillado en el original.

que el previsto en el párrafo 1o. ("resolución injusta"), debo imponer una pena igual a la señalada en este caso" (1.440). No parece haber otra explicación al hecho de igualdad de penas en ambos párrafos. Pues si se tratara del castigo de dos "meras conductas", indicaría una estolidez del legislador tan grande como para no comprender la diferencia entre la conducta del funcionario que a sabiendas resuelve injustamente o de una forma manifiestamente injusta, y la de aquel otro que por negligencia o inexcusable ignorancia lo hace de esta segunda manera. Tal dislate no parece que sea la explicación aceptable. Especialmente, si se entiende que el término "manifiestamente" cobra su auténtico sentido en estrecha relación con la negligencia o la inexcusable ignorancia del funcionario; ésto es, una injusticia tan clara que no permite excusa de ignorancia o falta de cuidado, pues hasta el mas desconocedor de los funcionarios o el más descuidado de ellos, situados en la circunstancia respectiva, la habría advertido.

E) La consideración del resultado en la prevaricación judicial.

Por último, en favor de que el delito del art. 358 C.p. debe estimarse de resultado, habla el hecho de que la paralela prevaricación de jueces experimenta agravaciones o atenuaciones en función del resultado (entre otras causas). Así: según se trate de sentencia o de auto, según que la sentencia sea a favor o en contra del reo, según que en la prevaricación culposa la sentencia sea simplemente injusta (impune) o manifiestamente injusta (punible).

(1.440) Lo que es equívoco, como en anterior ocasión he indicado, pues la previsión en el primero del resultado "menos" grave, abarca al "más" grave: "resolución injusta" es también (con más razón) la "manifiestamente injusta".

2. Configuración de los tipos.

Si para la afirmación de que la prevaricación del art. 358 C.p. es un delito de resultado y, por tanto, no de propia mano, he empleado el argumento de su posible comisión por omisión, este mismo argumento niega que sea un delito de resultado en el que la ley "especifica, además cual ha de ser la actividad mediante la cual el resultado ha de producirse" (1.441). El término "dictare" no sólo posibilita la aparición del resultado "resolución" a través de una determinada acción positiva, si no también mediante una inactividad: también se puede dictar resolución por omisión.

Con ello, los argumentos aportados por GIMBERNAT para negar en tales supuestos la autoría mediata del que ha de realizar la actividad (1.442), no son aquí de aplicación.

La cuestión queda entonces situada en un terreno equívoco. Porque la realidad es, en mi opinión, que la prevaricación del art. 358 C.p., por una parte, requiere un resultado, pero, por otra parte, al mismo tiempo exige que la acción o la omisión que pueda conducir a aquel sea, en último término, realizada exclusiva y personal mente por unos sujetos determinados.

(1.441) GIMBERNAT, "Autor y cómplice..." cit., pg. 223.

(1.442) "Autor y cómplice..." cit., pgs. 223-228 y 232 y sgs., en cuanto a los delitos especiales de resultado con actividad típicamente especificada; QUINTERO, "Los delitos especiales..." cit., pgs. 106-110.

A lo primero ya me he referido. En cuanto a lo segundo, en efecto, de nada sirve la inactividad, el no dictar resolución expresa, del extraneus: su omisión nunca producirá la presunta resolución negativa o positiva. De otro lado, respecto a la posibilidad activa, el extraneus podrá realizar (a veces: no, desde luego, cuando se trata de resoluciones orales o mímicas) parte de la acción ejecutiva de resolver, pero nunca podrá completarla y, de esta manera, hacer que pueda surgir el resultado, la resolución: en efecto, en el caso de una resolución escrita, el extraño puede, desde luego, materializar una injusta motivación (si es precisa) o la fundamentación de hecho o de derecho, o redactar los injustos preceptos de una norma-resolución; la decisión que de ello emana podría así decirse que es suya... salvo porque nunca podría atribuírsela formalmente como propia; si lo hiciera (a través de su firma) en realidad no habría engendrado resolución alguna, sino que, todo lo más, se habría atribuido un carácter que no posee, pero nunca habría cometido una prevaricación; si, diferentemente, la atribuyera formalmente al "intraneus" (a través de reproducir su firma), lo que habría creado es una resolución falsa, pero ni uno ni otro habrían prevaricado. La única posibilidad que resta es que la acción del extraño sea completada por el "intraneus" atribuyéndosela, y, por tanto, dando paso a la producción del resultado; pero este supuesto lo que plantea es la cooperación del primero en el hecho ejecutado por el segundo o la coejecución de ambos.

En definitiva, la alternativa que parece plantearse es que la prevaricación del artículo 358 del código penal o es un delito especial de propia mano de resultado, o un delito especial de resultado con actividad típicamente especificada que admite la comisión por omisión. Ni una ni otra cosa resulta aceptable. En realidad, la conjunción de los tres datos (resultado, comisión por omisión e imposibilidad del extraño de realizar el delito), tiene la única salida de caracterizar a la prevaricación del artícul

lo 358 como delito especial propio, de resultado, sin específica descripción típica de la actividad.

V. CONSECUENCIAS DE LA CONFIGURACION JURIDICA DEL DELITO.

1. Imposibilidad de la autoría mediata.

Por ser un delito especial propio, es imposible la autoría mediata (1.443). Naturalmente me refiero a la autoría mediata de "intraneus" sobre "extraneus" o viceversa; no a la de "intraneus" sobre "intraneus", que, como queda dicho, es posible. Esta posibilidad, es una razón más en contra de que el delito sea de propia mano y constituya una excepción a la tajante afirmación de MAURACH de que "la autoría mediata es imposible en los delitos de propia mano y en los propios delitos especiales (1.444)

2. Delito especial propio, no de propia mano. Diferencias.

Contrariamente a lo que aquí se sustenta, CORDOBA, como queda dicho, parece estimar que la prevaricación no es sólo un delito especial propio, sino también de propia mano.

La diferencia entre una y otra clase la establece MAURACH de la siguiente manera: "en contraste a los delitos de propia mano en los que la restricción se da ya

(1.443) V., MAURACH, "Tratado..." cit., T. II, pgs. 311 y 320; CORDOBA, "Notas" al "Tratado..." de MAURACH cit., T. I, pg. 287 y T. II, pg. 312.

(1.444) "Tratado..." cit., T. II, pg. 320; el subrayado es mío.

a priori, en esta clase de delitos la limitación de la esfera de los autores descansa en una disposición de la ley penal" (1.445). No me parece que así esté la diferencia suficientemente trazada. Todo lo más puede servir para distinguir los delitos de propia mano de los especiales impropios (en los que así es la ley penal la que restringe la esfera de sujetos), pero no de los especiales propios.

La diferenciación me parece mas bien que radica en que mientras los primeros delitos (de propia mano) recogen las acciones de determinados sujetos naturalmente seleccionados, los especiales propias se refieren a sujetos jurídicamente (no solo jurídico-penalmente) determinados (1.446). Me refiero a que aunque yacer y resolver son acciones susceptibles de realizarse por una ilimitada esfera de sujetos, mientras, que yacer con la propia

(1.445) "Tratado..."cit., T.I., pg. 290.

(1.446) Una distinción similar es la CORDOBA ("Notas" cit., T.II, pg.312), aunque me parece falta de matización en su segundo extremo habida cuenta de la distinción trazada por MAURACH. Dice el autor español: "autores de los primeros (de los delitos de propia mano) sólo lo pueden ser quienes están en situación de ejecutar directa-corporalmente la acción prohibida, mientras que los segundos (delitos especiales en sentido estricto) constituyen infracciones con esfera de autores limitada por la ley" (los subrayados en el original). Por supuesto que la ley (penal) limita la esfera de autores, pero, ¿en base a que?, señalario es lo lógico habida cuenta de que para los delitos de propia mano se señala el criterio: "corporalmente", ¿opera la ley penal libremente dicha limitación o es conforme a una reducción preexistente?

hija (incesto) es algo que sólo puede realizar el padre, que lo es en virtud de naturales vínculos de consanguinidad, resolver un asunto administrativo lo podría hacer cualquiera si no fuera porque, jurídicamente, sólo se da valor a la acción cuando es un cierto funcionario quien la efectúa. Pero no es la ley penal la que realiza ab initio tal valoración. La ley penal aquí, como en los delitos de propia mano respecto de acciones naturales, sólo recoge una situación ya configurada, en este caso por el Derecho administrativo. Más aún, en realidad la ley penal, tratándose de delitos de funcionarios, no restringe el ya preexistentemente singularizado círculo de sujetos, sino que lo amplía a través del concepto penal de funcionario público.

Trazada así la diferencia, tiene por consecuencia que mientras en el primer caso basta la acción (estimada tan reprochable como para reprobirla jurídico-penalmente) para que exista el delito, sin necesidad de esperar que produzca (si es que puede hacerlo) resultado alguno, en el segundo supuesto no necesariamente se castigará por la simple conducta, sino que también puede requerirse que ésta produzca un resultado para entender consumado un delito. Unas veces será así (por ejemplo, prevaricación del art. 358) y otras no (por ejemplo, anticipación de funciones del art. 373).

En definitiva, desde esta perspectiva, cabe afirmar que los delitos de propia mano no pueden ser de aquellos que exijan un resultado, a diferencia de los especiales propios que pueden ser tanto de mera actividad como de resultado.

En cualquier caso, como sigue diciendo MAURACH, "la frontera entre ambas clases de infracciones... no puede ser trazada siempre con claridad". "Tanto por este motivo -sigue diciendo el autor alemán- como por la identidad

de consecuencias jurídicas, se ha rechazado de plano frecuentemente la existencia de una diferencia entre ambas categorías" (1.447). Frente a esto último, creo que la distinción debe mantenerse, porque ni mucho menos serán iguales las consecuencias jurídicas (lo que no afecta al tema de la autoría) cuando se trata de un delito especial propio de resultado (que, por tanto, puede admitir frustración) sin actividad típicamente especificada (lo que abre la posibilidad de la comisión por omisión), que cuando se trate de un delito de propia mano (en el que ambas posibilidades están negadas de partida).

3. Coautoría en los órganos colegiados.

En contra de admitir la caracterización de delito de propia mano de la prevaricación del art. 358 C.p., habla también el hecho de las posibilidades de coautoría que presenta. Empleando el término en sentido estricto, no aludo a la coejecución del no. 1 del art. 14 (de la que trataré más adelante). Me refiero a que la existencia en la Administración de órganos no solo unipersonales, si no también colegiados, abre la vía para esta hipótesis de coautoría.

En este sentido, se puede afirmar que los funcionarios integrantes de un órgano colegiado que conjuntamente dictan una injusta resolución, son coautores del delito de prevaricación (1.448).

Estos supuestos de prevaricaciones cometidas por órganos colegiados, han servido para poner de manifiesto la importancia del deber como elemento estructural del injus

(1.447) Ob. y pgs. últ. cit.

(1.448) V., un ej. paralelo de "coautoría principal" para la prevaricación de jueces, en QUINTERO, "Los delitos especiales..." cit., pg. 79.

to en este delito. En efecto, como ha resaltado SEEBODE respecto del § 336 StGB, para que este delito se cometa por un órgano colegiado, no basta la mera causación dolosa del resultado, sino que la incorrecta decisión dolosamente adoptada debe, a la vez, constituir una infracción del deber del cargo: si (en un supuesto de prevaricación judicial como el planteado por este autor) el juez se comporta de acuerdo con dicho deber (por ejemplo, vota, frente a la mayoría, contra la lesión del derecho), no comete prevaricación (aún cuando su actuación sea causal para la decisión incorrecta, ya que sin su votación no se habría producido la sentencia (1.449)).

4. Posibilidad de frustración.

Hasta aquí se han visto algunas consecuencias de la caracterización del delito en estudio como especial propio, no de propia mano; consecuencia de la siguiente característica, es decir, de ser un delito de resultado, es que abre posibilidades de frustración.

5. Admite la comisión por omisión.

En base a la anterior característica y a la de que es un delito que no tiene típicamente especificada la actividad que conduce a ese resultado, se obtiene como consecuencia que permite plantear hipótesis de comisión por omisión: tan resolviendo o dictando resolución está el funcionario encargado de ello cuando deja transcurrir el

(1.449) Cfr. "Das Verbrechen der Rechtsbeugung" cit., pgs. 113-114; Cfr. la recensión a la anterior ob., de HIRSCH, cit., pg. 437. V., CRAMER, en "Schönke-Schröder. Kommentar" 18. Aufl. cit., pg. 1796 ("un juez colegiado sólo es punible si ha votado la decisión prevaricante").

plazo marcado por la ley sin decidir expresamente, abocando así (según los casos) a una denegación o aceptación del recurso o de la petición, como cuando está redactando por escrito la expresa negativa o aceptación (y, en su caso, la fundamentación fáctica y jurídica que la motiva) de tales petición o recurso. En ambos casos ha de esperarse, para la consumación del delito, a que aparezca una resolución que ingrese en el tráfico jurídico.

6. La tentativa inidónea.

El último requisito apuntado, esto es, el ingreso de la resolución en el tráfico jurídico, la necesidad de que la resolución, para que pueda estirmarse "resolución"-resultado, ingrese en tráfico jurídico, debe entenderse en sentido no solamente jurídico, sino material. Lo cierto es que, pese a que la declaración de nulidad produzca efectos extunc, el acto, hasta llegar a ella, ha producido efectos. Precisamente, algunos casos de nulidad son los más elementales ejemplos de prevaricación (actos constitutivos de delito) o algunos de los más abundantemente aportados por la doctrina (actos dictados por órganos manifiestamente incompetentes).

Todo ello hace que sea particularmente difícil la aceptación de posibilidades de tentativas inidóneas en relación al delito del art. 358 C.p. Sin embargo, no se puede descartar de plano su existencia. Otro de los supuestos de nulidad absoluta o de pleno derecho del art. 47 L.P.A., es demostrativo a este respecto. Dicho artículo, en su no. 1o., ap. b), i. 1o., alude a la nulidad de los actos "cuyo contenido es imposible". Refiriéndose a él, dice T.-R. FERNANDEZ: "En rigor, en todos estos casos más que de actos nulos de pleno derecho habría que hablar de actos inexistentes, ya que, normalmente, la imposibilidad de contenido se traduce en imposibilidad de cumplimiento y, por tanto, en imposibilidad de producir efecto al-

guno" (1,450).

Ahora bien, no todos los casos de nulidad por contenido imposible merecen tal consideración y, por lo tanto, de permitir la estimación de tentativa inidónea. Para persuadirse de ello es menester, en primer término, aclarar lo que supone un acto inexistente. A este efecto, dice el autor últimamente citado: "El acto inexistente no es que sea inválido, sino que carece de los requisitos necesarios para ser considerado como un acto propiamente dicho". La utilidad de admitir esta categoría consiste, según el propio FERNANDEZ, en que "el acto inexistente, que carece de toda apariencia de legitimidad, no tiene por qué beneficiarse de la presunción de legalidad que se predica en general de los actos administrativos; puede ser desconocido por los particulares a quienes va dirigido; no cabe asignar a estos la carga de su impugnación; puede, en fin, ser eliminado por la Administración sin necesidad de acudir a ningún procedimiento solemne. Sin embargo, debe perfilarse todavía más el concepto de acto inexistente en el sentido, sigue diciendo el mismo autor, de "reducir tal categoría... refiriéndola exclusivamente a aquellos actos que no sólo carecen de toda apariencia de legitimidad, sino que son por sí mismos insusceptibles de producir cualquier clase de efectos. Estos son, en rigor, los únicos actos que un particular puede desconocer sin que de su pasividad pueda seguirse perjuicio material -y, por supuesto, jurídico- alguno". La reducción viene a cuento ante la consideración de que la Administración está dotada de poderes exorbitantes; lo que puede provocar la situación siguiente: "la orden de que se haga cesar la lluvia, so pena de que se imponga una

(1.450) "Curso..." cit., T. I, pg. 437

sanción, es, en efecto, un acto de contenido imposible, que carece, incluso, de toda apariencia de legitimidad. Sin embargo, la Administración puede, mediante su privilegio de acción de oficio, imponer por la fuerza los efectos del acto, es decir, la sanción que acompaña a la orden. En este caso, desde el momento en que se están produciendo efectos, el comportamiento del particular no puede ser simplemente pasivo, sino que tendrá que impugnar el acto con el fin de frenar su eficacia. Su situación será entonces la misma que si el acto, en lugar de inexistente, se califica de nulo de pleno derecho" (1.451)

En consecuencia, podrá hablarse de posibilidad de construir la tentativa inidónea en los casos de auténtico acto imposible-inexistente, según la configuración del mismo acabada de recoger.

En este sentido, cabe señalar: 1o.) que "la interpretación habitual", "da a la imposibilidad un contenido material o físico, no jurídico, ya que la imposibilidad jurídica equivale, pura y simplemente, a la ilegalidad en general. Así lo advierte, por ejemplo, el -

(1.451) "Curso..." cit. T.I, pgs. 430-431

(1.452) T.- R. FERNANDEZ, "Curso..." T. I cit., pgs. 436-437. Desde otra perspectiva se ha intentado clasificar los casos de imposibilidad, señalando tres supuestos que, de reunir la característica típica de "injusticia", pueden ilustrar sobre respectivas hipótesis de tentativa inidónea de prevaricación del art. 358 C.p.: alude GONZALEZ PEREZ (citando a GORDILLO, "El acto administrativo", Buenos Aires, 1963, pg. 146) a "los tres supuestos de imposibilidad que distingue WOLFF ("Verwaltungsrecht", München und Berlin, 4a. ed., 1961, pg. 272): a) por falta de sustrato personal: el nombramiento como empleado de una persona fallecida; b) por falta de sustrato material: cuando la cosa a que se refiere el acto no existe, ha desaparecido; la ejecución de lo que el acto impone es material o técnicamente imposible; c) por falta de sustrato jurídico: revocación de un

Consejo de Estado en su dictamen de 13 de Mayo de 1963".
2o.) Que "la imposibilidad material o física tiene que ser, además, de carácter originario. La imposibilidad sobrevenida (muerte posterior del funcionario sancionado, destrucción del edificio que se había ordenado restaurar, etc...) no entraña, obviamente, ningún vicio de legalidad, sino simplemente la ineficacia del acto".

3o.) Que también debe atenderse a los supuestos de imposibilidad "de carácter ideal o lógico. A ella se refería el Consejo de Estado en su dictamen de 1 de abril de 1965: "cuando dentro de un acto se aprecia que la aplicación de uno de sus elementos anula el efecto requerido por otro, sin que, por consiguiente, sea posible su aplicación simultánea, puede decirse, en buena doctrina, que el acto administrativo en cuestión resulta de imposible contenido"; 4o.) Que, igualmente, pueden plantear caso de imposibilidad "los actos de contenido ambiguo e indeterminable (imposición de una sanción pecuniaria sin concretar su cuantía, por ejemplo)" (1.452).

VI. NEGACION DE LA AUTORIA MEDIATA DEL "EXTRANEUS".
INDUCCION, COOPERACION NECESARIA Y COMPLICIDAD
DEL EXTRAÑO.

Más problemática (1.453), desde el punto de vista del bien jurídico que vengo empleando, que el rechazo de

... acto administrativo anulado; nombramiento de magistrados para juzgados que no han sido creados" ("El procedimiento..." cit., pg. 324, n. 20).

(1.453) V., QUINTERO, "Los delitos especiales..." cit., pg. 111.

la autoría mediata del "intraneu" con "extraneus" de instrumento, resulta la dominante (1.454) negativa de posibilidad de autoría mediata del extraño cuando el instrumento es un "intraneus".

El argumento mayoritario es "sencillo y contundente: quien no puede ser autor inmediato de un delito tampoco lo puede ser mediato" (1.455). La autoría mediata es autoría en sentido estricto.

Sin embargo, a ello se opone, considerando el bien jurídico, que en la situación descrita resulta afectado por la actuación del "intraneus".

Para la teoría de los "delitos consistentes en la infracción de un deber", en cambio, la situación sería tan clara como la de la propuesta mayoritaria: el extraño, pese a que pueda apreciarse que domina el hecho externo, no ha incumplido el deber (para él inexistente), luego no es autor, ni mediato ni inmediato. Es decir, se llega a una conclusión contraria a la que se apunta desde la perspectiva del bien jurídico. Desde la óptica

(1.454) V., GIMBERNAT, "Autor y cómplice..." cit., pgs. 229, 230 n. 28; V. la doctrina mayoritaria en pg. 232, n. 29. QUINTERO, "Los delitos especiales..." cit., pgs. 111-112; V. la exposición de la opinión contraria en pgs. 112-113, n. 140.

(1.455) QUINTERO, "Los delitos especiales..." cit., pg. 111. Con el mismo argumento respecto a la "Rechtsbeugung", TREPPER, "Richterbestechung... und Rechtsbeugung..." cit., pg. 16; MUSIELAK, "Die Rechtsbeugung..." cit., pg. 85; WELZEL, "Das Deutsche Strafrecht..." cit., pg. 546; SEEBODE, "Das Verbrechen der Rechtsbeugung" cit., pg. 117; HERDEGEN, en "Leipziger Kommentar" cit., pg. 38. Por el contrario, HAFTER, planteándose los dos supuestos de autoría mediata, la admite en ambos y añade que su "punibilidad no debe estrellarse contra el pensamiento dogmático ("B.T." cit., pg. 823).

de los "Pflichtdelikte", la consideración del bien jurídico no sólo es que se muestre inútil a la hora de fundamentar la autoría, sino que si se toma en consideración a este efecto conduce a una equivocada conclusión.

Sin embargo, si tal opinión se mantuviera se cometería, a mi juicio, un error: la concepción del bien jurídico como cumplidor de una función limitadora frente al legislador, como concepto "que traza una frontera al ius puniendi del Estado" (1.456), no puede avenirse con un propósito ampliador de la esfera de punición de la norma considerada. El bien jurídico cumple la tarea de señalar que el legislador sólo puede llevar a la ley penal conductas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos; en absoluto desarrolla la función contraria: que toda conducta que implique la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico esté sancionada por la ley penal. En consecuencia, el bien jurídico no puede esgrimirse como argumento para la ampliación de la esfera de autores de un determinado delito; sólo en la medida en que la ley, apreciando consideraciones como las aportadas por quienes desean la autoría mediata del extraño, verifique tal aumento, merecerá estimación dicha argumentación.

Una valoración parecida puede hacerse del otro punto de apoyo de la doctrina minoritaria: el argumento de política criminal. QUINTERO (contrario a su aceptación), lo resume así: "En virtud de la misma, se dice, es intolerable que el no cualificado que se vale de un "intraneus" para cometer un delito especial en unas circunstancias iguales a las de la autoría mediata en un delito común sólo puede ser castigado como inductor o debe quedar impune;

(1.456) MIR, "Introducción..." cit., pg. 128.

en interés de la política criminal debe evitarse semejante "premio a la habilidad de estos sujetos!" (1.457).

El razonamiento acabado de exponer, toma su fuerza de una consideración de la política criminal que, desde otros puntos de vista, se ha rechazado. En efecto:

Precisamente en un intento de integrar en el sistema penal, como requisito fundamental para hacerlo fructífero, la "orientación en finalidades políticocriminales", señala ROXIN que hay "que partir de que las concretas categorías del delito -tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad- deben sistematizarse, desarrollarse y contemplarse desde un principio bajo el prisma de su función político-criminal" y, a este propósito, indica que "el tipo está bajo el leitmotiv de la determinación legal al que frecuentemente se ha reducido únicamente la legitimación de la dogmática; los tipos sirven realmente a la realización del principio nullum crimen y de él debe derivarse la estructuración dogmática" (1.458). Añade ROXIN: "por supuesto que ya en los tipos se plasman soluciones sociales a los conflictos. Ellos son el resultado de una reflexión del legislador sobre si una conducta debe ser sancionada en general. Pero esto son decisiones político-criminales del legislador de naturaleza precodificadora. Para el trabajo dogmático los tipos vienen previamente dados. En la sistematización este trabajo se tiene que regir primariamente por el principio nullum crimen y no por consideraciones de punibilidad: una analogía que vaya

(1.457) QUINTERO, "Los delitos especiales..." cit., pg. 113.

(1.458) "Política criminal..." cit., pgs. 39 y 40; los subrayados en el original. Cfr. MIR, "Introducción..." cit., pg. 290.

más allá del sentido literal posible es inadmisibile, aún cuando la ratio de la penalización legislativa hable en favor de ello" (1.459).

Tal función de la política criminal no se compadece, entonces, con argumentos que, como los rechazados, "se estrellan contra el valladar infranqueable del principio de legalidad que, como hemos visto, no permite aquí la autoría mediata. La solución solamente podrá obtenerse mediante la introducción, ya en la parte especial, de normas previsoras de estos supuestos que establecieran en tal caso la punibilidad de los no cualificados. De no ser así, no podrá encontrarse otra solución por la vía dogmática" (1.460).

No es casualidad que un mal entendimiento de la política-criminal, que produce la existencia de "un doble criterio de enjuiciamiento, de tal manera que puede ser dogmáticamente cierto lo que desde el punto de vista político-criminal es equivocado, y a la inversa", se haya puesto especialmente de manifiesto en la teoría de la participación, posibilitado, precisamente, por el concepto de la "voluntad de autor", arbitrariamente empleado sin que, tampoco él, pueda en todos los casos "encontrar su apoyo en una relación valorativa comprobable en la

(1.459) Ob. cit., pg. 40, n. 41

(1.460) QUINTERO, "Los delitos especiales..." cit., pg. 115, Cfr. GIMBERNAT, "El sistema del Derecho Penal en la actualidad", Separata del ACJ, 1971, pgs. 278-279 y MIR, "Matrimonios ilegales en el Código penal", en ADPCP. T. XXVII, Fasc. III, sept.-dic. 1974, pg. 468.

ley" (1.461).

Para JASO, en el problema de si un "extraneus" puede cometer el delito de prevaricación sirviéndose de un "in

Desde luego que no puede negarse la consideración de autor del extraño que induce a, ó coopera necesariamente con, el autor en sentido estricto a la realización del delito en estudio; como tampoco, en su caso, puede rechazarse la complicidad del extraño. "La razón -como dice CORDOBA- es obvia: si la participación es cooperación en acto ajeno, no requiere del sujeto, a diferencia de la

(1.461) ROXIN, "Política criminal..." cit., pgs. 30-31. Sobre la importancia de la teoría subjetiva de la autoría en las construcciones que llevan a la conclusión que aquí se rechaza, incluso cuando los argumentos difieren de los del bien jurídico y de política criminal (como es el caso del autor que a continuación cito), V., PIOTET, "La participation aux délits spéciaux..." cit., pgs. 189-203.

(1.462) "P. E." cit., pg. 193.

autoría, la cualidad de autor" (1.463).

Pero, respecto a la autoría mediata del extraño sobre "in

(1.463) "Notas" cit., T. II, pg. 313; el subrayado en el original. En el mismo sentido, RODRIGUEZ MOURULLO, "Comentarios..." cit., T. I, pg. 839. Por la posibilidad de considerar al extraño inductor o cooperador necesario (o, en su caso, cómplice) se inclina también GIMBERNAT, "Autor y cómplice ..." cit., pg. 292, quien indica "que el hecho de no estar vinculado por un deber especial podría considerarse una circunstancia atenuante en los delitos especiales de funcionarios... pero, con razón o sin ella, el C.p. no lo ha recogido como tal circunstancia", y, a diferencia que el "no parentesco" para el parricidio, no ve "posibilidad de establecer aquí una circunstancia atenuante nueva por analogía con alguna de las que positivamente existen" (Ob. cit., pg. 292 y n. 203 de esta pg.).

(1.464) Sobre la necesidad de admitir la autoría mediata en nuestro derecho, V., RODRIGUEZ MOURULLO, "Comentarios..." cit., T. I. pgs. 803 y sgs.

(1.465) "El sistema..." cit., pg. 287, n. 56.

VII. EL "EXTRANEUS" EN RELACION A LA COEJECUCION

DEL No. 1 DEL ART. 14.

En cuanto a las posibilidades que ofrece el num. 1 del art. 14 C.p., claramente se advierten hoy (partiendo de la opinión sobre la autoría que aquí se ha adoptado: autoría en sentido estricto) dos posturas en la doctrina española:

Según la primera de ellas (siguiendo un orden meramente expositivo), es imposible que el extraño pueda responder como coautor de un delito especial" a tenor del art. 14,1; porque la coautoría a que esta norma se refiere "no es participación en hecho ajeno, sino realización del hecho propio. Coautoría es una forma de autoría y, por consiguiente, no puede ser coautor quien no es autor idóneo según el respectivo tipo de delito" (1.466). No obstante, se dice, la negativa a esta coautoría del extraño en un delito especial admite una excepción: cuando "se trate de un delito especial -incluso de propia mano- cuyo tipo esté compuesto de varios actos, pues entonces es admisible que quien no podría ser autor único, pueda, en cambio, realizar directamente algún acto ejecutivo de los varios que integran el tipo" (1.467).

(1.466) RODRIGUEZ MOURULLO, "Comentarios..." cit., T. I, pg. 838; los subrayados en el original. En igual sentido, BAJO, "La realización arbitraria del propio derecho", Madrid, Ed. Civitas S.A., 1976, pg. 78. En el mismo sentido para la "Rechtsbeugung" TREPPER, "Richterbestechung... und Rechtsbeugung..." cit., pgs. 11-13 y MUSTELAK, "Die Rechtsbeugung..." cit., pg. 85 (por ello mismo se explica su afirmación de que "la coautoría es posible en la prevaricación... pero solo es pensable en el caso de un tribunal colegiado, ya que solo entonces los jueces tienen que decidir comunmente un asunto jurídico"); y para los Amts- und Berufsdelikte" en el C.p. suizo, HAFTER, "B.T." cit. pg. 823.

(1.467) RODRIGUEZ MOURULLO, "Comentarios..." cit., T.I. pg. 839.

Refiriendo lo anterior al delito en estudio, si se piensa que el "dictar resolución" no es descomponible en actos, la intervención coejecutora del extraño no podrá ser castigada a título de coautoría del num. 1 del art. 14. En consecuencia, de no poderse reconducir su actuación a una participación calificable de cooperación necesaria o de complicidad, el extraño quedará impune. (1.468).

Conforme a la segunda postura, en cambio, el extraño puede ser coautor de un delito especial tanto propio como impropio (1.469). Para QUINTERO la razón de ello estriba en aceptar "que el coautor material participa en el hecho que realiza 'otro' (el autor en sentido estricto)", supuesto lo cual, resulta "viable la posibilidad de mantener que ese hecho 'de otro' puede perfectamente ser una infracción especial" (1.470). Obviamente, el "otro" tiene que ser un "intraneus", pero el que participa en el hecho de este puede ser "intraneus" o "extraneus".

A este argumento se puede oponer que contraría el tenor literal del art. 14,1. Este habla de "los que to-

(1.468) Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, "Comentarios..." cit., T. I, pg. 839.

(1.469) GIMBERNAT, "Autor y cómplice..." cit., pgs. 270-272; V., también pgs. 92 y sgs. y 218-219.

(1.470) Continúa diciendo: "El requisito más importante para que ello quepa, es el de que la estructura del concreto tipo de que se trata debe admitir un posible fraccionamiento, es decir, que sea materialmente hacedero el 'tomar parte' ("Los delitos especiales..." cit., pg. 80).

man parte directa en la ejecución del hecho", no de los que toman parte directa en la ejecución, por otro, del hecho. En principio, la norma alude a una coejecución (unos realizan parte y otros otra) del hecho.

Pero, ello no significa todavía que pueda rechazarse, sin más, que una parte del hecho, en relación a un delito especial propio (que es el que aquí interesa), pueda ejecutarla directamente un extraño, al que, en consecuencia, podría considerarse coautor conforme al art. 14,1.

Dependerá de lo que se entienda por cada uno de los elementos que integran esta norma y del concepto de autor en sentido estricto de que se parte.

Para quienes participan de esta última concepción de la autoría, "autor en sentido estricto" es "aquel cuya conducta es subsumible, sin mas, en el tipo de la parte especial" (1.471) o, dicho de otra forma, aquel que realiza toda la acción descrita en el tipo.

No será, pues, autor en sentido estricto ni quién solo realiza parte de la acción típica, ni quien realiza actos que siendo ejecutivos no son todavía típicos.

(1.471) GIMBERNAT, "Autor y cómplice..." cit., pg. 219; en pag. 221: "Autor del delito es aquel cuya actividad es subsumible, sin más, en el tipo de la parte especial"; RODRIGUEZ DEVESA, "P.G." cit., pg. 672: "Es autor el que realiza el tipo del injusto"; QUINTERO, "Los delitos especiales..." cit., pg. 76: "el autor principal es aquel cuya actividad es precisamente la que describa el tipo de la parte especial"; en pg. 77: "aquel cuyo comportamiento puede, sin mas, ser subsumido en el tipo (ya sea como autor inmediato ya como autor mediato)"; misma pg.: "Autor principal en un delito especial lo puede ser únicamente la persona comprendida en la esfera de autores determinada por el tipo".

Es también pacífico (1.472) entender que el "tomar parte directa en la ejecución del hecho quiere decir... intervenir en el hecho llevando a cabo una parte de ese todo que es la ejecución, esto es: intervenir realizando un acto ejecutivo" (1.473).

La cuestión es, por consiguiente, si un extraño puede tomar parte directa en la ejecución del hecho, interviniendo en este hecho mediante la realización de un acto ejecutivo. Lo que, a su vez, depende de lo que se entienda por "acto ejecutivo" y por "hecho".

Para RODRIGUEZ MOURULLO "ejecutivas son las acciones que, una vez conocido el plan del agente, aparecen según la concepción natural como partes integrantes del comportamiento típico (1.474). Ahora bien, ¿que la acción aparezca como parte integrante del comportamiento típico, significa que se está ya ante la acción típica, que es una parte de la acción típica? Evidentemente no en el pensamiento de este autor, para quien "el concepto de acción ejecutiva es más amplio que el de acción descrita en el tipo o el de acción consumativa" (1.475).

En consecuencia, actos ejecutivos son tanto la realización de toda la acción típica, cuanto la realización de parte de la misma, como, por último, algunos actos que sin ser todavía típicos pueden calificarse, conforme al

-
- (1.472) RODRIGUEZ MOURULLO admite explícitamente esta interpretación: "Comentarios..." cit., T.I. pg. 827 n. 1.
- (1.473) GIMBERNAT, "Autor y cómplice..." cit., pg. 95
- (1.474) "Comentarios..." cit., T.I, pg. 827; V. también pgs. 116-117.
- (1.475) "Comentarios..." cit., T.I, pg. 827, V., CEREZO, "Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa", Universidad de Valladolid, 1964, pg. 21.

concepto acabado de dar, de ejecutivos (1.476).

Si esto es así, ¿cómo resolver el siguiente supuesto: un autor en sentido estricto (p. ej., para la prevaricación, un funcionario público con capacidad para resolver), aparte de realizar o no actos ejecutivos pero no típicos, lleva a cabo la acción típica (en el ej., "dicta" una resolución injusta) sobre la base de la realización por otro (extraño o no) de un acto ejecutivo pero no típico (en el ej., suministra al autor en sentido estricto lego en derecho, materialmente el contenido de la injusta resolución, a través, v. gr., de una propuesta imprescindible para que aquel "dicte" la resolución) (1.477) ¿ha tomado parte directa en la ejecución del hecho (art. 14,1) el que efectúo únicamente el acto

-
- (1.476) Acto ejecutivo no "subsumible, sin embargo, en el tipo delictivo concreto", dice GIMBERNAT, es el de quien "sujeta a la víctima mientras otro le asesta las puñaladas mortales", ya que el primero "no mata" (Autor y cómplice..." cit., pg. 218).
- (1.477) Ejecutivo es, dice GIMBERNAT, facilitando el ej. paralelo del texto, el acto del que "aupa a otro para que escale la tapia", aunque aquel "no 'escala'" ("Autor y cómplice..." cit., pg. 218): también el que propone una injusta resolución permite que el otro (el autor en sentido estricto, el funcionario público con capacidad resolutoria) se apoye en la propuesta para llegar al dictado de la injusta resolución. SEEBODE, pese a que entiende que "coautor únicamente puede ser quien pueda perpetrar el delito en propia persona", admite la coautoría de quien "trabaja conjuntamente con el juez que lo solicita, en el sentido de ayuda jurídica en cuanto a la decisión" ("Das Verbrechen der Rechtsbeugung" pg. 116). La S.T.S. de 27-IX-1933, desentendió un recurso contra la sent. de Audiencia en la que se condenaba a un juez municipal como autor de un delito de prevaricación, por no haber dictado un auto injusto, y al Secretario del Juzgado como coautor, según el art. 13, lo. del C.p. de 1870 (actual 14, lo.), del mismo delito, por haber este último extendido "de su "

ejecutivo no típico?

Para poder responder es menester aclarar lo que se entiende por hecho.

Un importante sector doctrinal mantiene que "hecho" es igual a "tipo" o "conducta típica" (1.478).

... puño y letra... a sabiendas de su injusticia y por favorecer los intereses de su hijo" el citado auto, habiéndolo firmado el juez "a sabiendas de su arbitrariedad". Recurre el Secretario, por aplicación indebida del art. 13, lo. y del correspondiente al delito de prevaricación judicial, ya que, en su opinión, "dada la naturaleza del delito no es posible jurídicamente considerar autor o coautor "por participación directa en el mismo" a persona distinta del Juez que dictó la providencia injusta". El T.S., por el contrario, entiende que "es notorio que participó por actos de ejecución directa en la realización del delito castigado... toda vez que el juez municipal al firmar tal acuerdo, conociendo su arbitrariedad, se limitó a aceptar lo hecho por su secretario, incurriendo con ello en igual responsabilidad que a este corresponde".

(1.478) CORDOBA, "Notas" cit., T.I, pgs. 153-154; GIMBERNAT, "Autor y cómplice..." cit., pg. 219: "autor en sentido estricto" es "aquel cuya conducta es subsumible, sin mas, en el tipo de la parte especial. Lo que realiza es el "hecho" al que hace referencia el artículo 14" (entrecomillado en el original; subrayado mío); RODRIGUEZ MOURULLO, "Comentarios..." cit., T.I. pg.169; "ejecución del hecho" es "realización del hecho típico descrito en la parte especial del Código"; QUINTERO, "Los delitos especiales..." cit., pg. 75: "'hecho' equivale a 'tipo' o 'conducta típica'". Según MIR, "hecho" es sinónimo de "delito" o "falta" ("Los términos "delito" y "falta" en el Código penal", Separata del ADPCP, Madrid, Instituto de Estudios Jurídicos, 1973 pg. 367; V. también pgs. 322, n. 7; 326; 350, n. 93; 354-355; 363; 365; 368 y 370), por lo que habrá que estar al significado que da a estos dos últimos términos; en otro lugar ("Matrimonios ilegales..." cit., pg. 467), el mismo autor se refiere a que "los artículos 14, 16 y 17 del C.p. exigen como presupuesto mínimo de participación la concurrencia de un "hecho" principal, que ha de interpretarse como hecho -

Si se acoge esta interpretación, puede pensarse que la "ejecución del hecho" del art. 14,1 equivale a "ejecución de la conducta típica". Y puesto que la norma se refiere a quien "toma parte" en dicha ejecución, lo lógico es concluir que alude a supuestos de coejecución por sujetos que, en abstracto, podrían realizar toda la conducta típica (el "hecho"), es decir, podrían ser autores en sentido estricto, pero que, en concreto, no merecen tal consideración por efectuar sólo parte de la misma, lo que impide subsumir, sin más, su conducta en la descrita por el tipo. Resulta así necesario para evitar la impunidad (pues no es autor todo aquel que realiza un acto ejecutivo), que la ley los considere autores, lo que hace a través del num. 1 del art. 14.

Si, pues, la norma se refiere a quienes realizan parte de la acción típica, y en los delitos especiales propios (como la prevaricación) dicha acción sólo pueden practicarla una limitada esfera de sujetos, el extraño nunca podrá tomar parte en tal ejecución y los actos ejecutivos pero no típicos que si puede realizar, serán, a este efecto, irrelevantes por no formar parte del "hecho". En este sentido, resulta confirmada la tesis mantenida por RODRIGUEZ MOURULLO (1.479).

Según RODRIGUEZ MUÑOZ, en cambio, la palabra "hecho" aparece en el Código a veces como sinónima de acción y en otras ocasiones como equivalente "al hecho punible, al delito", "pero en otros casos pueden surgir justificadas dudas respecto al alcance de la palabra (así, en los artículos 20)" (1.480). Del contexto de la opinión de este -

... antijurídico" (entrecomillado y subrayado en el original), más adelante (pg. 468) apunta la posibilidad de que "se entienda el tomar parte en la ejecución como más amplio que ejecutar el tipo" (subrayado en el original).

(1.479) "Comentarios..." cit. T.I, pgs. 827-828 y 838-841

(1.480) "Notas" al "Tratado..." de MEZGER cit., T. I, pg. 174.

autor, parece desprenderse que las dudas que apunta para algunos casos se debaten en la alternativa de si en ellos el término "hecho" significa "acción" o más bien "delito". Mas, no puede descartarse que las dudas puedan versar sobre sí con "hecho" se está aludiendo a acción ejecutiva que, en este sentido, abarcaría la acción típica y otros actos que siendo ejecutivos no son, sin embargo, típicos.

Si se acepta este último contenido para el término "hecho" del número 1 del art. 14 (1.481), debe concluirse que esta norma se refiere a quienes toman parte directa en la realización de la acción ejecutiva. Esto es, en su virtud se considerarán autores a los que intervienen en la acción ejecutiva llevando a cabo un acto ejecutivo. Abarcará, en consecuencia, tanto a quienes realizan parte de la acción típica (tesis de RODRIGUEZ MOURULLO), cuanto a quienes intervienen efectuando cualquier acto ejecutivo aun no típico (tesis de GIMBERNAT); pero, a estos últimos, no porque participen, mediante la realización de dicho acto ejecutivo, en el hecho que otro efectúa, sino porque también en la forma indicada toman parte directa en la ejecución del hecho.

-
- (1.481) Y, paralelamente, para el "hecho" implícitamente aludido en el no. 2 de este art. y explícitamente recogido en el no. 3 del mismo y en el art.16. Con lo que, en un sentido, se amplía la esfera de posibilidades de la inducción, la cooperación necesaria y la complicidad, y terminantemente se excluye, reduciendo en el otro sentido aquellas posibilidades, que los actos en que estas consisten no pueden ser ejecutivos. De otra opinión sobre esto último, BACIGALUPO, "La noción de autor en el Código penal", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, pg. 20: "la expresión legal "tomar parte en la ejecución" es por si misma comprensiva de la autoría y la participación. Tanto toman parte en la ejecución los autores como los partícipes y los instigadores" (V. también, pg. 27 i. f.).

Evidentemente, respecto de un delito especial propio, los primeros solo pueden ser sujetos que reúnan las características propias de los autores delimitados por la norma que contiene ese delito especial (con la salvedad que indica RODRIGUEZ MOURULLO), pero, en cambio, aquellos de los segundos cuya intervención consiste en la realización de un acto ejecutivo no típico, no necesariamente tienen que ser "intranei" (aunque, claro está, pueden serlo), sino que también pueden ser extraños. Obviamente para la punición de estos últimos se requiere la conexión de su actuación con la actividad de un "intraneus" que realice toda la acción típica o parte de ella. Dicho de otra forma, para considerar autor (coautor) al que realiza un acto ejecutivo no típico, resulta imprescindible la actuación "de otro" (el "intraneus" en el delito especial propio) que lleva a cabo la acción típica o parte de ella; entre otras razones porque, de otro modo, no podría afirmarse que el acto del primer sujeto es ejecutivo, conforme al concepto de acto ejecutivo antes suministrado.

En cualquier caso, de todo lo anterior se deriva que, se adopte una postura u otra en cuanto al alcance del n. 1 del art. 14, resulta imprescindible llevar a cabo una investigación sobre el significado en el C.p. del término "hecho" que tan profusamente utiliza el texto legal y, cuando menos, determinar su contenido en los arts. 14 y 16 del mismo, porque, posiblemente, el término "hecho" no posea un significado único en todos los lugares en que el Código lo emplea. Investigación de la que me eximo en este momento por razones de espacio y concreta temática.

Resta todavía una posibilidad de, manteniendo la equivalencia de "hecho" a "tipo" o "acción típica", llegar a una conclusión igual a la de GIMBERNAT y QUINTERO.

Tal posibilidad reside en el análisis del término -

"directa" que también emplea el art. 14,1.

RODRIGUEZ MOURULLO argumenta precisamente sobre este término, en su relación con la "ejecución" de que igualmente habla el citado 14,1, para tratar de desvirtuar la afirmación de GIMBERNAT de que también un extraño pueda responder como coautor de un delito especial conforme a esa norma. Según el primero de estos dos autores, lo que diferencia decisivamente al número 1 del art. 14 de los otros dos números de este mismo artículo es, justamente, que dicho núm. 1 "requiere... la realización directa de actos ejecutivos... del respectivo tipo"; en su opinión, "sólo puede realizar directamente una característica ejecutiva del tipo quién es autor - idóneo" (1.482). En definitiva, viene a entender que con el adjetivo "directa" se expresa en el texto legal la necesidad de que el coautor intervenga, mediante un acto ejecutivo, en su hecho (tipo).

Con anterioridad, sin embargo, el propio RODRIGUEZ MOURULLO al estudiar precisamente el concepto de acto ejecutivo, en el comentario al art. 3 C.p. cuando se refiere a la tentativa (que es donde fundamentalmente se plantea esta temática), otorga un alcance que puede considerarse distinto al similar término que emplea esta última norma: el adverbio "directamente". Entiende que del mismo deriva la exigencia, en la averiguación de si un acto es ejecutivo y no meramente preparatorio, de "extremar la necesidad de que la conexión de los actos con la acción típica conforme a la concepción natural... sea directa, así como que la situación de riesgo creada entrañe un peligro directo para el bien jurídico protegido" (1483).

(1.482) "Comentarios..." cit., T.I, pg. 840; el subrayado en el original.

(1.483) "Comentarios..." cit., T.I, pg. 117.

y, por otra parte, acepta el significado otorgado al término por E. CUELLO, en el sentido de que expresa la exclusión en el concepto de tentativa de los actos preparatorios, y CERESO (1.484).

Este último autor, piensa que la utilización del término "directamente" en dicho art. 3, parr. 3, viene a expresar que "para que exista un principio de ejecución del delito es preciso... que los actos realizados por el culpable... guarden una relación directa con la acción productora del resultado delictivo", relación que, en su opinión, no es "directa de tipo espacial o temporal", si no "directa desde un punto de vista funcional" (1.485).

Pues bien, si se trasladan estos nuevos significados al num. 1 del art. 14 y su término "directa", se puede concluir que con este se expresa:

1o.) Que la intervención del coautor nunca puede consistir en un acto preparatorio, sino que necesariamente ha de realizar un acto ejecutivo (a tenor de la interpretación de CUELLO).

2o.) Que dicho acto ejecutivo ha de estar en directa conexión con la acción típica (solo realizable por autores en sentido estricto), ha de crear una situación de riesgo que entrañe un peligro directo para el bien jurídico protegido y ha de guardar una relación directa desde un punto de vista funcional con la acción productora del resultado delictivo (de acuerdo con las interpretaciones de RODRIGUEZ MOURULLO y CERESO), pues de otra

(1.484) A las que añade la de excluir del art. 3, parr.3, la denominada participación intentada: "Comentarios..." cit., T. I, pg. 121.

(1.485) "Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa" cit. pg. 21.

forma, de no reunir tales caracteres, dicho acto no podría considerarse ejecutivo y, en consecuencia, quedaría negado el primer significado atribuido al término.

En suma, que "tomar parte directa en la ejecución del hecho", quiere decir intervenir efectuando un acto ejecutivo que, para ser tal, ha de estar en directa relación con el hecho (con la "acción típica").

Y esto es afirmar lo mismo que GIMBERNAT afirma: que conductas que no son, en principio, típicas, permanecerían impunes "si no fuese porque la ley ha penalizado específicamente en el art. 14 num. 1 toda contribución al delito que consiste en un acto ejecutivo" (1.486). Porque "directa" solo expresa la calidad que debe poseer el acto (mediante el que se "toma parte") para que pueda calificarse de ejecutivo (es decir, forme parte de la "ejecución").

VIII. CONCLUSIONES GENERALES DEL CAPITULO CUARTO.

Primera. Autor inmediato y único del delito de prevaricación del art. 358 C.p., solo puede serlo un funcionario público con capacidad resolutoria. Los sujetos que no reúnan esta cualificación no pueden ser autores en sentido estricto, ni su acción intentando la comisión de este delito estimada tentativa imposible. El error sobre la cualificación es impune. El no cualificado puede, en cambio, considerarse autor a título de inducción o cooperación necesaria, e igualmente puede ser cómplice del delito de prevaricación del art. 358 C.p.

(1.486) "Autor y cómplice..." cit., pgs. 218-219.

Segunda. La teoría de los "delitos consistentes en la infracción de un deber", no ofrece una explicación satisfactoria de la autoría en el delito de prevaricación del art. 358 C.p.: no todo "intraneus" que infringe su deber en relación a la conducta descrita en los tipos de dicho art., es autor de prevaricación.

Tercera. Autor mediato del delito del art. 358 C.p. sólo puede serlo el "intraneus" que instrumentaliza a otro "intraneus". No son autores mediatos ni el "intraneus" con instrumento "extraneus", ni este cuando instrumentaliza a un "intraneus" o a otro "extraneus".

Cuarta. El "extraneus" que coejecuta el hecho con un "intraneus" puede considerarse autor del delito de prevaricación del art. 358 C.p., a tenor de la regla no. 1 del art. 14 C.p. A esta conclusión se llega mediante un razonamiento que difiere de otros que, partiendo igualmente del concepto estricto de autor, conducen al mismo resultado.

Quinta: El delito del art. 358 C.p. no es de propia mano, es un delito especial propio, de resultado, sin especificar descripción típica de la actividad.

Sexta: Respecto al delito del art. 358 C.p. son posibles la tentativa y la frustración, aunque en numerosos casos concretos no sea así; admite supuestos de tentativa inidónea; permite ciertos casos de comisión por omisión; puede plantear problemas causales; y admite la coautoría estricta en supuestos de actuación de órganos colegiados.

CAPITULO QUINTO

LA PENA

CAPITULO QUINTO

LA PENA

SUMARIO DEL CAPITULO QUINTO.

I. CLASE DE PENA.

1. Planteamiento. El problema general: una inhabilitación especial o tres inhabilitaciones especiales.
2. La opinión de RODRIGUEZ DEVESA.
3. La opinión de CASABO.
4. Las opiniones de MANZANARES.
5. Crítica a la "privación" de cargos no ostentados y de una pluralidad de cargos, en aplicación del art. 36 C.p.
6. Determinación de la "inhabilitación especial" del art. 431. Criterios generales para la determinación de las penas de "inhabilitación especial".
7. La doble restricción en la interpretación del art. 41.
 - A) Propuesta.
 - B) La coordinación de la inhabilitación especial para profesión u oficio y la inhabilitación especial para cargo público.
 - C) El absurdo de la mayor gravedad cualitativa de la pena única de inhabilitación especial respecto a la inhabilitación absoluta.

- D) La específica inhabilitación especial del art. 417.
 - E) Las razones doctrinales para la primera restricción que favorecen la segunda.
8. La inhabilitación especial para derecho de sufragio.
- A) La tesis de su justificación en función de la previa privación de cargos. Crítica.
 - B) Su consideración como pena independiente.
 - C) La aplicación exclusiva a materia electoral. Consideración de la legislación al efecto.
9. Conclusiones generales del apartado I.
10. Determinación de la "inhabilitación especial" del art. 358 C.p.
- A) Criterios que favorecen su consideración como inhabilitación especial para cargo público.
 - B) Determinación. Aplicación de las conclusiones generales.
 - C) Problemas que suscita esta determinación.
 - a) La pena del partícipe no funcionario.
 - b) La necesidad de incluir los cargos de elección popular.
 - c) Propuesta de lege ferenda desde la óptica de las inhabilitaciones.

II. DURACION DE LA PENA Y SUS EFECTOS.

1. Planteamiento. Las contrapuestas opiniones doctrinales sobre la perpetuidad o temporalidad de

la "privación" de los números 1° de los arts. 35 y 36.

2. Toma de postura sobre el anterior problema. Argumentos.

- A) El art. 30 C.p.
- B) La supresión histórica e inexistencia actual de penas perpetuas.
- C) El art. 50, 4 L.F.C.A.E. (tesis de CORDOBA). Especial consideración de la suspensión.
- D) La rehabilitación.
 - a) Alcance. Planteamiento inicial.
 - b) Las contrapuestas opiniones doctrinales sobre el alcance.
 - c) Toma de postura. Argumentos a favor de la rehabilitación para las inhabilitaciones.
 - d) Las diferencias entre inhabilitación y suspensión.
 - e) Necesidad y diverso alcance de la rehabilitación de inhabilitados, según los casos.

3. Conclusión: la temporalidad, en todos sus efectos, de la inhabilitación especial del art. 358 C.p.

III. LA IGUALDAD DE PENAS EN LOS DOS PARRAFOS DEL ART. 358 C.P.

- 1. Planteamiento del problema en la doctrina.
- 2. La explicación del mayor daño.
 - A) El daño como "resultado".

B) El daño como "mal causado".

a) Los bienes jurídicos internamente mensurables.

b) Los bienes jurídicos que no admiten mensurabilidad interna.

c) La situación en la norma del art. 358 C.p.: protección de la "confianza en el funcionamiento de la Administración conforme a la legalidad" o protección de la "legalidad en la actividad administrativa".

3. Las dos vías de solución en la interpretación del término "manifiestamente".

A) Lo "manifiesto " como "grave".

a) Repercusión en la pena.

b) La solución de lege ferenda, desde esta perspectiva.

B) Lo "manifiesto" como "notorio" o "claro". Argumentos que favorecen la igualdad de penas.

4. Conclusiones generales del apartado III.

IV. LA PENA DEL PARTICIPE "EXTRANEUS".

V. LA "BENIGNIDAD" DE LA PENA DEL ART. 358 C.P.

1. La doctrina.

2. El origen talionar y posterior desenvolvimiento.

3. Retribucionismo y aseguramiento. La estimación de la prevaricación judicial respecto a la administrativa.

4. Toma de postura y conclusiones.

I. CLASE DE PENA

1. Planteamiento. El problema general: una inhabilitación especial o tres inhabilitaciones especiales.

Aparte de la valoración que pueda hacerse de la clase y gravedad de la pena señalada por el artículo 358, del hecho de que en sus dos párrafos sea la misma, de los problemas que puedan surgir a la hora de determinarla en supuestos de participación, etc., existe una cuestión primera que dilucidar que, por lo demás, no se plantea exclusivamente en este artículo sino en otros muchos. Me refiero a la aparente paradoja de tener que determinar a qué pena se refiere el artículo 358 cuando habla de inhabilitación especial.

No es, en efecto, una paradoja real por cuanto ni el código, ni la doctrina científica, ni la jurisprudencia, han resuelto argumentadamente el interrogante de si la inhabilitación especial lo es, conjuntamente, para cargo público, para derecho de sufragio activo y pasivo respecto de cargo electivo y para profesión u oficio (artículos 36, 37 y 41); o, por el contrario, implica la elección de una de estas tres posibilidades tomadas, pues, no como una sólo pena sino como tres penas diferentes con un tronco común, es decir, tres clases distintas de penas de un mismo género de pena. Opción que, a su vez, plantea, caso de decantarla hacia la segunda versión, el determinar a cual

de estas tres penas se refieren los artículos, entre ellos el 358, que señalan la inhabilitación especial, sin más concreción, como pena. (1.487)

2. La opinión de RODRIGUEZ DEVESA.

Según RODRIGUEZ DEVESA, "el Código diferencia que se trate de inhabilitación especial para cargo público, para el derecho de sufragio y para la profesión u oficio, pero en el Libro II, al hacer aplicación en abstracto de la pena, reduce los enunciados del artículo 27, limitándose a hablar de "inhabilitación especial" o de "suspensión", de manera que los tribunales se ven obligados a comprender siempre todos los supuestos, aunque habría base para pensar que el Código pretendió que se especificasen concretándolos a determinados cargos públicos o profesionales". (1.488)

(1.487) Existen otros arts. que especifican la inhabilitación especial a que se refieren; así art. 112: "inhabilitación especial para el ejercicio de la enseñanza pública o privada", art. 267: "inhabilitación especial para el ejercicio de su industria o comercio", art. 546 bis d): "inhabilitación del reo para el ejercicio de su profesión o industria".

(1.488) "Parte General" cit., pg. 773.

El propio autor añade a pie de página: "En relación con el delito de escándalo público, la sentencia de 31 de octubre de 1975 entiende que la inhabilitación especial que consigna el artículo 431 se refiere a la "privación de cargos que le confieren (al penado) autoridad sobre menores o impogan a éstos subordinación al procesado", invocando como precedente la sentencia de 3 de enero de 1962..."(1.489)

Esto efectivamente señala la citada setencia de 31 de octubre de 1975; más exactamente, "...que se hace preciso concretar la clase de inhabilitación como pena principal a que se le condena y dada la profesión de camarero del procesado y el delito de escándalo público del que se le ha declarado autor, no puede ser otra que la de privación de cargos que le confieran autoridad sobre menores o impogan a éstos subordinación al procesado...".

A ello la Sentencia añade que dicha inhabilitación debe "además llevar implícita la privación del derecho de sufragio activo y pasivo durante el tiempo de la condena".

Estas consideraciones jurisprudenciales, permiten varias observaciones:

En primer término, que la S.T.S. de 31-X-1975,

(1.489) Ob. y pg. cits., n. 9.

en realidad no sirve de apoyo a la opinión de RODRIGUEZ DEVESA antes reseñada, ya que en ella no se "concreta" el cargo público sobre el que la inhabilitación recae, sino que se indica toda una gama de ellos.

En segundo término, que de nada sirve concretar el cargo o profesión sobre el que la inhabilitación recae, si "además" se incorpora a esta privación de derechos la que supone la inhabilitación para derecho de sufragio.

En tercer lugar, y al hilo de la última observación, que más que especificar en la parte especial del C.p. el singular cargo o profesión (lo que en algunos tipos, de amplio alcance en cuanto a quienes pueden cometerlo y desde que cargo o profesión pueden hacerlo, resulta imposible), es necesario que allí se indique si la inhabilitación especial es para cargo público, profesión u oficio, o para derecho de sufragio.

En cuarto y último lugar, que al no indicar la sentencia de referencia para que cargo se priva del derecho de elegir o ser elegido y no poder deducirse que dicho cargo sea aquel de que en primer término se ha privado, puesto que, como queda dicho, no hay tal cargo, sino todo un conjunto de ellos, la mayor parte de los cuales no suponen, en sentido propio, elección alguna.

3. La opinión de CASABO

En el sentido apuntado en la segunda de las observaciones que preceden, indica CASABO que los casos de previsión de inhabilitación especial

sin más concreción, "suscitan la cuestión de si dicha sanción debe afectar a un cargo público, a la profesión u oficio, o al derecho de sufragio, lo que, en su opinión, "se responderá al llevar a cabo la interpretación del respectivo precepto. Además de ello piensa que "en términos generales cabe afirmar que la inhabilitación debe afectar a aquel cargo, profesión u oficio en cuyo abusivo ejercicio se ha perpetrado el delito" (1.490)

4. Las opiniones de MANZANARES.

MANZANARES, refiriéndose a la inhabilitación especial para cargo público, se inclina por un criterio, en parte, semejante. Dice "un mínimo de lógica exige que, tratándose no de inhabilitaciones absolutas, sino especiales, limitadas a ciertos cargos, solo se vean afectados aquellos que facilitaron la comisión del delito, sirviendo de plataforma para la actividad criminal, o que, por su proximidad o parecido con los anteriores, justifican se les comprenda en una sanción cuya naturaleza no se aleja mucho de la de una medida de seguridad". (1.491)

(1.490) "Comentarios ..." cit., T. II, pg. 162. En este sentido, desde un plano más general, V., QUINTANQ "Comentarios..." cit., pg. 339.

(1.491) "Las inhabilitaciones y suspensiones en el Derecho positivo español", en ADPCP, T. XXVIII, Fasc. II, mayo-ag. 1975, pgs. 185.

El autor, apoya esta conclusión en dos tipos de razones: primera, que la inhabilitación especial no es pena accesoria, pues sí fuera accesoria "de determinadas privativas o restrictivas de libertad, independientemente de la clase de delito, sería indudable que el legislador habría prescindido de toda relación entre el hecho delictivo y la privación concreta de derechos que su autor mereciera" (1.492); segunda, que de la lectura de los artículos de la Secc. 2^a, del Cap. II, del Tit. II, del Lib. II y del Tit. VII, del Lib. II, del C.p., se desprende "que la imposición de estas inhabilitaciones especiales descansa precisamente en el mal uso que se ha hecho de la cualidad de autoridad y funcionario" (1.493)

Este mismo autor, sin embargo, no desarrolla después, en mi opinión, esta idea coherentemente (probablemente, porque previamente hace otras afirmaciones igualmente contradictorias con la misma). En efecto, aunque más tarde insistiré en ello (incluso sobre su opinión en particular), puede ya resaltarse que, a parte de pensar (en contra de los términos de la ley -art. 36, 1^a- y de la interpretación restrictiva imperante en la materia) que al penado con inhabilitación especial para cargo público se le puede privar no sólo de uno, sino de

(1.492) Ob. cit., pg. 185, n. 18.

(1.493) Ob. y pg. cits.

varios cargos, entiende que ese sujeto puede ser "privado" de un(os) cargo(s), en virtud del nº1 del art. 36, no ostentado(s) por él. (1.494)

Difícilmente cargos no tenidos u ostentados (o "detentados", como dice el autor), pueden "facilitar" la comisión del delito, sirviendo de plataforma para la actividad criminal". Por otra parte, no parece válido argumentar el parecido de esta pena con una medida de seguridad precisamente acentuando el carácter de medida de seguridad; tal opinión no se funda en un preexistente parecido, sino en la voluntad de que una y otra se parezcan. En realidad, si se han detentado cargos no propios para "facilitar la comisión del delito", ello conllevará normalmente la comisión de otro delito, y si no se han detentado ni se ostentaban y se parte de la base de que una pena no es una medida de seguridad, y si se parecen la interpretación debe dirigirse a diferenciarlas, ¿en qué se fundamenta la idea de que es posible "privar" de cargos no tenidos?

(1.494) Además de los lugares que después se dirán, V., en conexión con la idea que se resalta al principio, Ob. Cit., pgs. 185-186.

El argumento de MANZANARES (1.495) es el siguiente (1.496): que por el n^o 2 del art. 36 se admite "que los efectos de la condena puedan recaer sobre cargos que no se tenían y por tanto escapaban -en la interpretación que combatimos- a la privación del párrafo 1^o".

Con ello olvida dos cosas. En primer lugar, que por el n^o 2 del art. 36, no se "priva" de cargo o empleo alguno, sino que se incapacita al penado para obtener otros análogos; por tanto, no son equiparables sus efectos a los del n^o 1, ya que no se puede "privar" de algo no tenido, pero si incapacitar para obtenerlo en el futuro. En segundo término, si este n^o 2 se refiere a otros "análogos" a aquel del que se ha privado, difícilmente podrá trazarse una analogía con algo inexistente.

Ahora bien, MANZANARES, conectando con el argumento resaltado, continúa diciendo: "Así las cosas, no parece correcto otorgar al párrafo 2^o mayor amplitud que al 1^o, so pena de llegar a la inadmisibles conclusión de que al Tribunal, deseoso de evitar que el reo desempeñara determinado cargo, se hallara facultado para impedir que lo obtuviera durante el tiempo de la condena, pero careciera de

(1.495) Aparte de la idea de que habiendo mantenido igual opinión respecto de la inhabilitación absoluta, siendo así que el art. 35, 1^o, incluye la frase "que tuviera el penado", con más razón tiene que sustentarla respecto de la inhabilitación especial para cargo público, puesto que el art. 36 ni siquiera emplea esta frase.

(1.496) Ob. cit., pg. 186.

apoyo legal para apartarlo del mismo en la hipótesis más justificada de que el empleo en cuestión se poseyera en el momento de dictar sentencia".

Con ello, aunque expresamente no lo diga, parece pensar en la hipótesis de que el sujeto no poseyendo cargo o empleo en el momento de cometer el delito, lo posea cuando se dicta la sentencia; ya que en otro caso, es decir, de tenerlo en el momento de la comisión, por efecto del n.º 1 del art. 36, sería privado de ese cargo o empleo. O bien puede que esté pensando en la otra hipótesis de que el sujeto poseedor de más de un cargo o empleo, haya sido "privado" de uno de ellos y pueda seguir ostentando el otro u otros, ya que el n.º 2 no le "priva" de él o ellos, sino que le incapacita para obtener "otros" distintos, aunque análogos a aquel del que fué privado.

Pues bien, en la primera hipótesis, no parece que el Tribunal pueda estar "deseoso" de evitar que el reo desempeñe un cargo desde el que no ha cometido el delito, ya que no lo tenía. En realidad, dada la no posesión de cargo en el momento de la comisión del delito, no será la inhabilitación para cargo público la pena a imponer, sino alguna de las otras dos inhabilitaciones especiales. Más, aún suponiendo que fuera aquella, hay que pensar que la Administración (a través de la legislación de funcionarios y su régimen disciplinario) no está en absoluto desprovista de posibilidades de impedir la misma ostentación del cargo (mediante la sanción de separación del cargo) o, por lo menos, el desempeño de las funciones propias del mismo (sanción de suspensión); por lo que el Tribunal puede estar tranquilo respecto a la

materialización de su "deseo" y, en cualquier caso, tranquilo respecto al cumplimiento de una ley que ni por sus términos, ni por la obligatoria tendencia restrictiva en su interpretación, le capacita para más.

En relación al segundo supuesto, al margen de que, según el entendimiento del propio MANZANARES, el penado resultaría privado no sólo de uno, sino de los demás cargos ostentados, por lo que no parece que sea esta la hipótesis imaginada por el autor, cabe decir que si estos otros cargos o empleos son análogos a aquel del que el penado resultó privado en función del n.º 1 del art. 36, entendiendo el n.º 2 (como creo que debe hacerse y después fundamentaré) no en el sentido de que el penado no pueda volver a concurrir a la adquisición de otros cargos o empleos (lo que ya está implícito en el n.º 1), sino en el de que este sujeto no puede obtener el desempeño de funciones análogas a las que desarrollaba en el cargo o empleo del que ha sido privado, mediante otro cargo o empleo diferente a este, es claro que no podrá desempeñar las temidas funciones. Y si no son análogos a ese primero, ¿por qué el Tribunal desea privarle de ellos?; pero, en este caso, se está de nuevo ante la situación descrita respecto a la primera hipótesis.

5. Crítica a la "privación" de cargos no ostentados y de una pluralidad de cargos, en aplicación del art. 36 C.p.

En base a todo lo anterior se puede avanzar

una primera crítica a interpretaciones que, como la de la citada S.T.S. de 31-X-1975, son por completo ajenas a la letra de la ley. En primer lugar, porque en esta sentencia se aplica, al parecer, la inhabilitación especial para cargo público (art.36 C.p.) y esta no puede imponerse a quien no ostenta cargo alguno, pues no se le puede privar (art. 36, 1ª C.p.) de lo que no existe (1.497)

(1.497) En cierta manera, confirma esta opinión RODRIGUEZ DEVESA, cuando dice que "el arbitrio razonable del Juez debe evitar los efectos risibles de que se le impida el acceso a cargos públicos a un mendigo analfabeto, privándole además de los que nunca ha tenido ni en sueños" (P.G." cit., pg.774; los subrayados son míos).

A veces, sin embargo, tales efectos no despiertan hilaridad alguna: al margen de que en el supuesto empleado por el autor acabado de citar, durante el tiempo de la condena (6 años y 1 día a 12 años, según el art. 30 C.p.) el sujeto puede desprenderse de ambas situaciones de mendigo y analfabeto y, sin embargo, por efecto de la pena que da privado de un derecho que, como el de desempeño de cargos y funciones públicas, está constitucionalmente reconocido, al margen de ello, digo, en el caso de la sentencia de referencia, no se trata de un ignorante reducido a la mendicidad, sino de un trabajador que podría aspirar a un puesto en la Administración, siendo así que nada en la ley permite afirmar que la inhabilitación especial que apareja el escándalo público sea para cargo público cuando no ha sido quien desempeña este el que ha cometido el delito.

MANZANARES, comentando la S.T.S. de 3-1-1972, invocada como precedente por la de 31X-1975, parece entender que el criterio del T.S. respecto a que el cargo (en realidad, cargos) de que se "priva" al reo "no tiene forzosamente que haber estado ocupado por el reo al cometer el hecho", responde a la pretensión de ese organismo de "poner un mínimo de orden es esta materia" (Las inhabilitaciones..." cit., pg. 189). Por mí

parte, no dudo de esta pretensión, más, desde luego, creo que su materialización si es que implica un orden, es un orden injusto e injustificado. El autor acabado de citar, en la misma ob., poco antes (pg. 183), se afirma en el mismo orden de ideas y, aún, dá más amplitud a su interpretación, ya que piensa que la inhabilitación es especial para cargo público, a diferencia de la absoluta, "no abarca todos los cargos públicos del reo..., sino únicamente los que el Tribunal escogja, bien sea al margen de que se posean o no por el penado al pronunciarse el fallo, bien al seleccionar los realmente ostentados" (los subrayados son míos). Con ello denota que, en su opinión no sólo se puede "privar" de un cargo no poseído, sino que la inhabilitación especial para cargo público puede provocar la "privación" de una pluralidad de ellos. A mi entender, con ambas ideas se contraviene tanto la letra de la ley, cuanto la interpretación restrictiva que debe dominar en la materia.

ni incapacitarles para obtener otros cargos análogos a algo que por ausente, no admite analogía (art. 36, 2ª C.p.). En segundo término, se aparta el T.S. de la ley porque en su condena no priva de un cargo determinado (1.498), sino de toda una gama de ellos (1.499): todos aquellos "que le conu

(1.498) Que es a lo que parecen referirse los términos y espíritu del art. 36. En este sentido FERRER ("Comentarios..." cit., T. II, pg. 213: la inhabilitación especial para cargo público se diferencia de la absoluta "en quedar circunscrita a determinado cargo público... los términos de la ley son aquí sumamente claros, sin que requieran explicación de ningún género"). QUINTANO ("Compendio..." cit., T. I, pg. 481: "La inhabilitación especial para cargo público... produce iguales efectos, pero circunscritos al cargo o empleo sobre que recaiga y la incapacidad para la obtención de otros análogos") y CORDOBA ("Mientras que la inhabilitación absoluta está referida a todos los honores, empleos y cargos públicos que tuviere el penado, la inhabilitación especial aparece, sin embargo, circunscrita a un cargo público", "Comentarios..." cit., T. II, pg. 170; los subrayados en el original).

(1.499) Congruente con esta afirmación es el hecho de que la sentencia hable de "privación de cargos".

fieren autoridad sobre menores o impongan a estos subordinación al procesado"; no es, pues, de un cargo de lo que se está privando así al penado, sino de todos los que impliquen el establecimiento de los señalados vínculos. Tal actitud ni siquiera puede ampararse en una interpretación admisible del art. 36 C.p., pues, como correcta y repetidamente se ha señalado por la doctrina, es necesario "que la interpretación de los artículos del C.p. relativos a las penas de inhabilitación y suspensión, venga regida por un sentido restrictivo" (1.500); necesidad obvia para cualquier pensamiento civilizado respecto a penas "privativas de derechos".

En suma, puede decirse que interpretaciones como la de la criticada postura jurisprudencial, más aparecen tender a imponer una medida de seguridad que una pena.

Pero es que hay mas.

6. La "inhabilitación especial" del art. 431. Criterios generales para la determinación de las penas de "Inhabilitación especial".

En efecto, históricamente, desde la Ley de 21-VII-1904 en que por primera vez se establece, modificando el C.p. de 1870, una pena privativa.

(1.500) CASABO, "Comentarios..." cit., T. II, pg. 159.

de derechos para el escándalo público, tal pena fué la de inhabilitación especial para cargo público, así explicitada, que se mantuvo en los Códigos sucesivos (1.501) hasta el de 1944, en el que se enuncia, sin más, "inhabilitación especial", desapareciendo la concreción respecto a la específica inhabilitación a que se refiere el art. 431. Así se mantiene hasta hoy. Esa supresión verificada en 1944, sólo puede responder, en mi opinión, a dos razones:

Primera, la intención de que se apliquen al mismo tiempo todas las inhabilitaciones especiales (1.502). Sin embargo, a esta explicación cabe oponer, por una parte, que supera los términos (límites) de la Ley de autorización de 9-VII-1944 para la reforma del C.p., que en ningún lugar permite una modificación semejante. Por otra parte, al no haberse realizado (pues tampoco dicha ley lo autorizaba) una correlativa alteración en los correspondientes artículos del Lib. I (arts. 36, 37 y 41), por ejemplo, unificándolos, de manera que

(1.501) 1870, art. 456; 1928, arts. 616 y 617; 1932, art. 433.

(1.502) Como parece haber entendido alguna jurisprudencia, según apunta, como queda dicho, RODRIGUEZ DEVESA: "Parte General" cit., pg. 773.

aparecieran como una sola pena y no como tres penas distintas de un mismo género, no puede afirmarse taxativamente que haya base en el contexto del Código, para mantener la idea de pena única. (1.503)

(1.503) Todo lo contrario, habida cuenta de: 1ª) la separada regulación de los respectivos efectos, frente a la unificada de la inhabilitación absoluta; pena esta última que ni siquiera en el art. 27 aparece diversificada, pese a que el art. 35, 1ª y 3ª, represente efectos similares a los del art. 36 para la inhabilitación especial para cargo público y el nª 2ª de ese art. 35 origine efectos también similares a los del art. 37 para la inhabilitación especial para derecho de sufragio. 2ª) la explícita mención en el art. 40 del género ("pena de inhabilitación": ¿absoluta y especial? o ¿absoluta y cada una de las tres especiales? o, por último, ¿cada una de las tres especiales?) y las distintas especies ("en cualquiera de sus clases"). 3ª) el rechazo que la contextura de algunos delitos sancionados con inhabilitación especial (sin más concreción) hace de alguna de las inhabilitaciones especiales y el igual rechazo de alguna de estas penas que la consideración de determinados sujetos de esos delitos provoca habida cuenta de la no ostentación de cargo o empleo público por ellos. 4ª) el hecho de que, a diferencia de lo que ocurre con la inhabilitación absoluta, no se prevea la especial como accesoria, (recuérdese la opinión de MANZANARES a este respecto, antes recogida); y 5ª) otras razones que se irán aportando.

Segunda, la pretensión de "armonizar el texto" legal, específicamente autorizada por la citada Ley de 9-VII-1944 (1.504): puesto que el C.p. en otros lugares (1.505) no determinaba a cuál de las inhabilitaciones especiales se refería, se suprimió también la especificación de "para cargos públicos" en el artículo correspondiente el escándalo público.

Desde este último punto de vista, resulta defendible la hipótesis de que en estos casos de ausencia de concreción legal, se deja al "razonable criterio" del Tribunal el señalamiento, atendiendo al sujeto y a los caracteres del delito, de la específica inhabilitación especial que el C.p. impone. Ello no quiere decir que se trate de penas indeterminadas. Ni mucho menos. En primer término, porque la gama de inhabilitaciones especiales se reduce a tres penas determinadas, lo que, en principio originaría un simple planteamiento de alternatividad, al que en otros lugares no es ajeno el C.p.: así, arts. 452, párr. 2ª; 489 bis; 516 bis; párr. 1ª; etc. En segundo lugar, porque atendiendo a los dos puntos de referencia indicados, esto es, sujeto y caracteres del delito, en su relación con los caracteres de cada una de estas tres penas, se concluye a priori que alguna de ellas sólo puede aplicarse a ciertos delitos con exclusión de

(1.504) A más de la "revisión técnica" del mismo, verificada por la Comisión nombrada a este efecto por la O. M. de 21-X-1944.

(1.505) Tal es el caso de, por ejemplo, la prevaricación de funcionarios administrativos: arts. 363, C.p. de 1932; 419, C.p. de 1928; 639 C.p. de 1870; 270 C.p. de 1850 y 263, C.p. de 1848.

todos los demás (1.506), o que otras únicamente pueden imponerse a determinados sujetos (1.507). En suma, la alternatividad se presenta en pocos casos y se reduce a dos inhabilitaciones especiales (1.508) y, además, no es una alternatividad que se resuelva discrecionalmente, sino que está legalmente resuelta en función de los dos datos señalados.

Si se acepta esta explicación, a todas luces más plausible, las consecuencias son estas:

Cuando quién cometa escándalo público sea un funcionario público, operará sobre él la inhabilitación especial para cargo público. Ahora bien,

(1506) Así la inhabilitación especial para derecho de sufragio activo y pasivo para cargos públicos, sólo puede imponerse, como más detalladamente se verá luego, por delitos electorales: Adviértase que en ocasiones ello puede originar, habida cuenta que delitos de esta índole pueden ser los comunes del C.p. que se refieran a materia electoral, una pena cumulativa de dos diferentes inhabilitaciones especiales.

(1.507) Así la inhabilitación especial para cargo público sólo puede imponerse a quien ostenta un cargo, o la de derecho de sufragio a quien tiene ese derecho.

(1.508) Para cargo público y para profesión u oficio.

no para todo cargo público, ni siquiera para una gama de ellos, sino para aquel "sobre que recayere" (según la expresión del art. 36), que necesariamente será el que el sujeto ostentaba cuando cometió el delito de referencia.

Cuando este sujeto no posea esta cualificación, será la inhabilitación especial para profesión u oficio la pena de esta clase a imponer. Pena que, como es sabido, conforme a una importante corriente doctrinal, se interpreta restrictivamente, en el sentido de que "las profesiones a las que resulta aplicable...(son) aquellas que requieren un permiso, licencia o autorización de la Administración pública". (1.509)

7. La doble restricción en la interpretación del art. 41 C.p.

- A) Ahora bien, en mi opinión, esta pena debe entenderse todavía más restrictivamente, de tal manera que la privación del ejercicio de profesión u oficio a que se refiere el art. 41, no lo sea en un género

(1.509) CORDOBA, "Comentarios..." cit., T.II, pg. 179; en el mismo sentido, QUINTANO, "Comentarios..." cit. pg. 334; CASTEJON, "Génesis y breve comentarios..." cit., pg. 37; en contra (aunque aceptando el inconveniente que para la práctica del control de su efectividad señala QUINTANO) Joaquín ROMERO MAURA, voz "Inhabilitación en NEJ, T. XII, Editorial Francisco Seix S.A., Barcelona, 1977, pg. 598.

sentido de que el penado no pueda en absoluto ejercer ni la una ni el otro (1.510), sino que se le priva del concreto ejercicio de los mismos, es decir, de desempeñar la profesión o el oficio con las mismas características y en las mismas circunstancias (lugar, esfera de relaciones, etc.) con que ejercía una u otro cuando cometió el delito por el que se le impone la inhabilitación.

- B) A esta interpretación obliga la coordinación de la inhabilitación especial para profesión u oficio con la para cargo público. En efecto, esta última no implica que el condenado a ella no pueda ejercer la profesión o el oficio que desempeñaba en el cargo del que se le priva, sino, simplemente, que no puede ejercerla en dicho cargo, ni obtener otros análogos a este durante el tiempo de la condena (1.511). Así las cosas, si no se acepta la interpretación de la inhabilitación especial para profesión u oficio antes expresados, nos hallaremos ante el absurdo de que sería preferible cometer, por ejemplo, escándalo público siendo funcionario que no siéndolo, pues en el primer caso quien comete ese delito no se ve totalmente privado de la posibilidad de trabajar en lo que conoce, lo que, en cambio, ocurrirá en el segundo caso.

(1.510) Esto es, por ejemplo, el médico ejercer la medicina o el "mozo de estación de número" (ej. de CASTEJON, "Génesis y breve comentario..." cit. pg. 37) los actos propios de su oficio.

(1.511) Con lo que, por ejemplo, el ingeniero-funcionario así castigado podrá, sin embargo, ejercer la ingeniería fuera del servicio público, como el mecanógrafo-funcionario la mecanografía excepto en el cargo público de que se le priva y en los demás análogos a éste.

Frente a lo anterior podría arguirse que la solución de la cuestión planteada reside, precisamente, en la aplicación conjunta de ambas inhabilitaciones especiales, con el acompañamiento, entonces inevitable, de la para derecho de sufragio del art. 37. Dicho de otra manera, que no hay tres penas de inhabilitación especial sino una, como parece indicar el número gramatical del art. 27 cuando a ello se refiere, que apareja los efectos separadamente señalados en los arts. 36, 37 y 41. No habrá, pues, en el supuesto antes empleado incongruencia alguna: el funcionario público, a más de verse privado de su cargo y honores a el anejos e incapacitado para obtener otros análogos durante el tiempo de la condena (art.36), quedaría igualmente privado de la facultad de ejercer su profesión u oficio durante ese tiempo (art. 41) y, además, resultaría privado, por el mismo tiempo, del derecho de elegir y ser elegido para el cargo electivo sobre el que recayere la inhabilitación (art. 37), mientras que el no funcionario solo sufriría las dos últimas privaciones, ante la imposibilidad manifiesta de serle impuesta las primeras. (1.512)

- C) Ello encuentra, sin embargo, un obstáculo importante: que hay razones bastantes para mantener que

(1.512) Lo que ni según esta interpretación ni según la que propugno puede admitirse es la aplicación de la inhabilitación especial del art. 36 al no funcionario. Como queda expresado, los términos de la ley obligan a esta conclusión. En este sentido, también desde este punto de vista debe seguir manteniéndose la crítica expresada más atrás a la opinión jurisprudencial de la sentencia de 31-X-1975 y otras similares.

una pena de inhabilitación especial así compuesta puede resultar cualitativamente más grave que la de inhabilitación absoluta, siendo así que existen, en mi opinión, también razones bastantes para sostener que en el código penal esta segunda pena es cualitativamente más grave que la primera. (1.513)

En efecto, comparativamente los efectos de una u otra pena presentarían el cuadro siguiente:

Frente a "la privación de todos los honores y de los empleos y cargos públicos que tuviere el penado, aunque fueren electivos", la inhabilitación especial produce "la privación del cargo o empleo sobre quien recayere y de los honores anejos a él". Esto supone que la primera pena origina consecuencias más graves que la segunda, puesto que: 1ª) Referida la inhabilitación absoluta a todos los honores, empleos, cargos públicos que tuviere el penado, mientras que la inhabilitación especial se limita al cargo o empleo sobre quien recayera y a los honores anejos a él, la primera priva de una pluralidad de cargos que tuviere el penado sean anejos a esos cargos y empleos o no, mientras que la segunda limita su efecto a un cargo o (disyuntivamente, no acumulativamente como en el anterior caso) a un empleo, más los honores anejos a ese cargo o a ese empleo (no priva, pues, de otros honores no anejos a cada uno de aquellos). (1.514)

(1.513) No cuantitativamente, obviamente, a tenor del art. 30.

(1.514) Ciertamente, sin embargo, que la concreta aplicación de cada una de estas dos penas originará, normalmente, similares efectos, habida cuenta de que sólo pocos y privilegiados funcionarios ostentan más de un cargo y más de un empleo con la Adminis

2ª) Teniendo en cuenta la interpretación restrictiva que, como queda dicho, debe imperar respecto de las penas privativas de derechos, se llega a la conclusión de que la inhabilitación especial para cargos públicos no puede implicar la privación de cargo o empleo electivo, puesto que cuando la ley ha querido incluirlo así lo ha hecho explícitamente (art. 35, 1ª), luego cuando no lo explicita (art. 36, 1ª), es que no lo incluye; en suma, también desde este punto de vista es más grave el primer efecto de la inhabilitación absoluta que el primero de la especial.

(1.514)...tración pública. Lo normal es (aparte de que debería ser) el supuesto de un sólo cargo ó empleo. Debe advertirse que si los cargos y/o empleos no estuvieran ostentados por esos sujetos, sino detentados por ellos (en razón a, por ejemplo, incompatibilidad legal), la privación de los cargos y/o empleos detentados no sería efecto de la pena, sino algo de origen anterior a ella.

Aparte lo anterior, una pluralidad de honores no necesariamente nacidos de los cargos o empleos ostentados, es perfectamente posible; por lo que, en cuanto a los honores se refiere, la inhabilitación absoluta es claramente más grave que la especial. Por otra parte, pese al obstáculo práctico que invoco respecto a los cargos y empleos, en abstracto, y en concretas, aunque escasas, situaciones, el primer efecto de la inhabilitación absoluta es más grave que el correspondiente de la especial.

En igual sentido de mayor gravedad de la inhabilitación absoluta respecto de la especial, se decanta la cuestión por lo que se refiere a sus respectivos efectos de privación del derecho de sufragio activo y pasivo para cargos públicos (cargo público, en la inhabilitación especial). (1.515)

-
- (1.515) Parto de la base de que la privación de este derecho que origina la inhabilitación absoluta, se refiere (como expresamente lo hace el art. 37 respecto de la inhabilitación especial) a cargos públicos electivos, tomado el término en el único sentido, en mi opinión, posible, es decir, de elección popular (como se decía en los códigos anteriores al de 1944). Los términos "elegir" y "ser elegido" del art. 35, 2ª solo a estos cargos pueden aplicarse, pues la cooptación (todo lo más, electodesignación) que suponen los sistemas de selección del funcionario "no electivo" (aún en el sentido ampliatorio de funcionario a los efectos penales), en absoluto pueden estimarse, en pureza de términos y técnicas, que impliquen un "elegir" o "ser elegido" por alguien y, menos aún, el ejercicio de un "derecho de sufragio". Ello pese a la intencionada supresión en 1944 de la apostilla a los cargos a que la inhabilitación absoluta se refiere, en su segundo efecto, de que sean "de elección popular", frase que figuraba en los códigos anteriores también para esta inhabilitación y no solo para la especial (en la que el censor político de la posguerra se limitó a sustituir la "elección popular" por la palabra "electivos"). Razones de interpretación histórica, de técnica política y de adecuación al momento socio político, hacen que la patrocinada interpretación restrictiva no juegue aquí en el sentido de excluir los cargos electivos del n.º 2º del art. 35, sino, al contrario, en el sentido de incluirlos con el efecto de marginar cualquier otro cargo público no auténticamente electivo.

Por lo que llevo dicho, se concluye que la expresa referencia al "cargo electivo" que hace el art. 37 es superflua, por quedar ya recogida en los iguales términos de "elegir" y "ser elegido" que emplea el propio artículo. En contra de lo acabado de expresar, MANZANARES entiende que la supresión del término "popular", responde al

No tiene, en cambio, porque ocurrir lo que en los dos casos anteriores con el efecto de incapacitación para obtener honores, empleos y cargos públicos: La inhabilitación absoluta incapacita para obtener, durante el tiempo de la condena, "los honores, cargos y derechos mencionados en el n^o 1". (1.516) es decir, los honores y cargos públicos

(1.515) ...intento del legislador de "ampliar el concepto de elección, pero sin comprender en ella la designación pura y simple" (ob. cit., pg. 181). En mi opinión, el legislador lo que buscó fué mostrar que ya no habría elecciones "populares" de cargos públicos o que éstas serían las menos y aún tendrían poco de "elecciones". Como así fué.

(1.516) La incapacidad para obtener los "derechos mencionados en el n^o 1^a". no tiene sentido. Este N^o no se refiere a derecho alguno (salvo en el genérico sentido en que se emplea el término en la fórmula "penas privativas de derechos", entre las que se incluye la inhabilitación absoluta), sino a "honores ...empleos y cargos públicos", refiriéndose, en cambio, el mismo art. 35, a derechos en sentido propio, en su n^o 2^a, pero no es a este al que se remite el n^o 3^a.

Para MANZANARES este término "derechos" del n^o 3^a del art. 35 es un "vago concepto" añadido por el legislador a los de "honores" y "cargos" ("Inhabilitaciones..." cit., pg. 182). No lo creo así. En mi opinión puede explicarse su presencia: V. Ampliación de Nota VIII.

"que tuviere el penado, aunque fueren electivos", mientras que la inhabilitación especial (nº 2º, art. 36) incapacita al penado para la obtención de cargos o empleos y de los honores anejos a unos u otros "análogos" a aquel cargo o empleo y a aquellos honores anejos a uno y otro de que ha sido privado. (1.517) La comparación de ambas fórmulas

-
- (1.517) En dos formas cabe entender esta norma: 1a.) que el privado de un cargo público (nº 1º), queda incapacitado para obtener los cargos análogos a éste (nº 2º), o que el privado de un "empleo" (nº 1º), queda incapacitado para obtener los empleos análogos a éste. 2a.) que el privado de un cargo público (nº 1º), queda incapacitado para obtener los cargos y empleos análogos a éste (nº 2º) o que el privado de un "empleo" (nº 1º), queda incapacitado para obtener los empleos y cargos análogos a éste (nº 2º). La actual fórmula favorece la segunda interpretación, pues para propiciar la primera el código debiera haber dicho, en lugar de "otros análogos", "otros cargos o empleos análogos". En cambio, la interpretación restrictiva que debe dominar la materia, aconseja decidirse por la primera posibilidad. A pesar de ello, en mi opinión, atendiendo a la finalidad de la pena prevista en el art. 36, la cuestión debe resolverse en el segundo sentido. En efecto, la pena de inhabilitación especial para cargo público no parece proponerse tanto el privar al sujeto de un cargo o empleo determinado, cuanto alejarlo del desempeño de las funciones que conllevan uno a otro. Entendiendo el término "empleo" (de cuya ausencia en el Nº 3º del art. 35 MANZANARES deduce que el legislador "parece identificarlos penalmente", ob., cit., pg. 179), dada la contraposición que en éste y en el anterior artículo (nº 1º) se hace entre "cargo público" y "empleo", como aquella situación debida a una relación que vincula al sujeto con la Administración pública en forma distinta del funcionariado, esto es, a través de un contrato administrativo, civil o laboral, no tendría sentido (en el espíritu del art. 36) privar a una persona de un cargo público o incapacitarla para obtener cargos análogos, y permitirle a continuación que obtuviera un empleo que le permitiera desempeñar iguales

pone inmediatamente de relieve que el n^o 2^a del art. 36 puede dar origen a consecuencias más graves que el 3^o del art. 35. En efecto, este último, de una parte, se remite al n^o 1^a, con lo que se refiere exclusivamente a los cargos públicos, honores que tuviere el penado antes de la condena, no por tanto a los análogos a ellos, para cuya obtención queda en principio capacitado, (1.518), por

(1.517)...o análogas funciones que cuando ostentaba el cargo. Inversamente, el privado de un empleo e incapacitado para obtener otros análogos, tampoco debe poder, seguidamente, acceder a un cargo que implique el desempeño de igual o análogo trabajo al realizado desde el empleo de que se vió privado; cargo que, por lo demás, no podría alcanzar en la Administración del Estado si se trata de un puesto de funcionario (a efectos administrativos), dados los arts. 36,a) y 30 e) de la LFCAE.

(1.518) MANZANARES opina de otra manera; entiende que "lo que quiso el legislador fue apartar al reo de todos los honores, empleos y cargos públicos durante el tiempo de la condena", y más tarde, "al expresar este deseo, hubo de tener en cuenta las formas en que cabía ejecutarlo, a saber: privando de los derechos que ya se disfrutaban e impidiendo la adquisición posterior de estos mismos o de cualesquiera otros" ("Inhabilitaciones..." cit., pg. 180; el subrayado es mío). La idea es congruente y no dudo que tal fué la pretensión del legislador, más, desde luego, no es lo plasmado en la ley. En esta, se incapacita para la obtención de los honores, cargos y derechos mencionados en el n^o 1^a, y éstos son los "que tuviere el penado", no "cualquiera otros"; por lo demás, ya he resaltado la incongruencia de incluir el término "derechos", no presentes en el n^o 1^a sino en el 2^a, a ella debe añadirse la omisión (a partir de 1944) del término "empleos" en el n^o 3^a, tampoco para la obtención de estos queda incapacitado el penado a inhabilitación absoluta, lo que, sin embargo, incluye el autor citado cuando habla de que la ley impide "la adquisición posterior de estos mismos" derechos de los que el sujeto ha sido privado; ante estos dos vicios no puede extrañar que el total n^o 3^a sea vicioso respecto de lo querido por el legislador.

otra parte, no incapacita para obtener los empleos mencionados en el n^o 1^a, por lo que el sujeto, en los términos de la ley penal, está capacitado para esta obtención. En cambio, el n^o 2^a del art. 36 incapacita para la obtención de los cargos, empleos y honores a ellos anejos, análogos al cargo o al empleo y a los honores anejos a uno u otro de que ha sido privado. Dependerá, pues, de lo que "tuviere" el penado la mayor gravedad de la pena del art. 35, 3^a respecto del 36, 2^a, pero normalmente será este último el que apareje más graves consecuencias.

Por último, mientras la inhabilitación absoluta no origina la privación de la facultad de ejercer su profesión u oficio al penado (1.519), la inhabilitación especial, entendida como pena única con triple efecto, si la originaria (art.41). Este último dato (especialmente si como se viene haciendo, la inhabilitación del art. 41 se interpreta restrictivamente en un sólo sentido y no en el doble que antes he propuesto), frente al balance de mayor gravedad de la inhabilitación absoluta que resulta de la comparación de los otros efectos,

(1.519) VIADA se pregunta: "la inhabilitación absoluta perpetua, ¿producirá el efecto de privar al que a ella fuere condenado del ejercicio de la profesión que ejerce?", y responde: "La negativa parece indudable, ya que una profesión cualquiera, de médico, abogado, etc., no constituye ni un honor, ni un cargo, ni un empleo público" ("Código Penal reformado de 1870..."cit. T.I., pg. 421 el subrayado en el original). Por su parte, entiende FERRER que "queda fuera de los límites de la inhabilitación absoluta el ejercicio de profesiones liberales o de oficios" ("Comentarios..."cit., T.II, pg. 210).

inclina poderosamente la balanza en sentido contrario, es decir, de la mayor gravedad de la inhabilitación especial, así entendida, respecto de la inhabilitación absoluta.

En contraste con la anterior conclusión, hay razones bastantes sobre el C.p. para mantener que este concibe la pena de inhabilitación absoluta como más grave que la de inhabilitación especial. En efecto, ya se participe de la tesis de que el art. 27 es la escala general de gravedad de las penas y, partiendo de ella, se entienda (como lo hacían los Códigos de 1848 a 1870) que las penas se clasifican "atendiendo a su duración, y, dentro de la misma, según su cualidad" o bien (de conformidad con el criterio establecido por el C. p. de 1932 y seguido por el actual) se entienda que en primer término se sitúa "el criterio cualitativo o de clase de pena y, dentro de este, el temporal", ya se rechace esta tesis y, por consiguiente, se niegue que el art. 27 "establezca la escala de gravedad de las penas", proponiéndose a cambio que dicha escala se establezca según la respectiva duración (opinión sustentada por la S. T.S. 18-VI-1962 y la circular de la Fiscalía del T.S. de 10-XII-1967), (1.520) hay que concluir, a

(1.520) La anterior exposición la extraigo del estudio que CASABO hace del art. 27, en cuanto a si es o no la "escala de gravedad de las penas", en los "Comentarios..." cit., T.II, pgs.111-116, (a donde me remito para cualquier otra cuestión adyacente a lo que planteo); los entrecomillados del texto corresponden a este comentario, pgs. 115 y 116.

la vista de la igual duración de ambas que determina el art. 30, el orden que establece el art. 27, el orden que establece el art. 73, Escala nº 4, al agrupar las penas en escalas homogéneas, (1.521) y que para resolver supuestos como los que plantean, por ejemplo, los arts. 183 (1.522),

(1.521) El criterio de atender al art. 73 y no al 87, en cuanto establecedor de la auténtica escala de gravedad de las penas, lo sostiene Jesús VICENTE CHAMORRO, "Proceso por delitos menores: ámbito objetivo", en RDC, año VI, nº 2, marzo-abril, 1969, pgs. 132-134. CASABO se inclina (como solución provisional "en tanto no se lleve a cabo la urgente reforma que exige el art. 27, y se adapten a su vez todas las penas de la Parte especial", y entendiendo que por encima de cualquier criterio debe tenerse presente que "ante una ausencia de legalidad estricta, todos los casos dudosos deberán resolverse en beneficio del reo") por "conjugar...el art. 30 con el 73", el primero "señalará la respectiva duración, y para aquellos casos en que sea igual, el número de la escala respectiva servirá para concretar su mayor o menor gravedad". Hay que añadir, lógicamente, que dentro de una misma escala será el escalón el que señale esa mayor o menor gravedad, a lo que, como se verá en el texto, obliga el propio Código.

(1.522) Que dice que "si la persona del reo hubiese sido también exigida y entregada, las penas serán, en sus respectivos casos, las inmediatamente superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior".

y 182, párr. 2ª (1.523), es decir, de necesidad de buscar la pena superior en grado a una de inhabilitación especial dada, hay que acudir al artículo 73, párr. 2ª, según el cual "la pena inferior o superior se tomará de la escala gradual en que se halle comprendida la pena determinada", y en consecuencia, a la Escala Nº 4, en la que la pena "superior", la de inhabilitación especial es la inhabilitación absoluta, con la que se castigará, por tanto, el supuesto más grave del art. 183 respecto del menos grave del 182, 2ª, hay que concluir, digo, que la pena de inhabilitación absoluta es más grave que la de inhabilitación especial.

Es por todo lo anterior por lo que, se quiere guardar una mínima congruencia, hay que mantener que no hay una pena de inhabilitación especial con un triple efecto, sino tres penas de inhabilitación especial; para cargo público, para derecho de sufragio activo y pasivo respecto de un cargo "electivo" y para profesión u oficio.

Por idéntica razón, esto es, si no se quiere llegar al absurdo de que la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio pueda significar mayor gravedad incluso que la inhabilitación absoluta (1.524), siendo así que esta última es

(1.523) Dice: "Serán castigados con la pena de inhabilitación especial la autoridad o funcionario militar o administrativo que obligase a la autoridad judicial a la entrega indebida de la causa, aún después de habérsele hecho presente esta ilegalidad de la reclamación".

(1.524) Por un argumento similar al empleado para mostrar que una interpretación no doblemente restrictiva de la inhabilitación para profesión y oficio, provoca la mayor gravedad de esta respecto de la inhabilitación especial para cargo público.

estimada por el código como más grave que la primera, se debe aceptar que esta exige la interpretación doblemente restrictiva que propugno.

- C) Por lo demás, en el sentido de la segunda restricción parece inclinarse el propio código penal cuando en el art. 417 señala que "los culpables de - aborto, se hallen o no en posesión del título facultativo o sanitario, serán condenados a las penas señaladas en los artículos anteriores y, además, a la de inhabilitación especial, que comprende, aparte de los efectos propios de ella, el de prestar cualquier género de servicios en clínicas, establecimientos sanitarios o consultorios ginecológicos, públicos o privados".

En efecto, la inhabilitación a que se refiere este artículo es, en mi opinión, la de profesión u oficio (1.525). Pues bien, suponiendo que el

(1.525) RODRIGUEZ RAMOS, deduce sobre este mismo artículo una cosa bien distinta. En su opinión, en este artículo se puede afirmar que la inhabilitación especial hace surgir tres efectos coetáneos: los señalados en los arts. 36, 37 y 41. Dice: "CASABO RUIZ considera que debe afectar tal inhabilitación a aquel cargo, profesión u oficio con cuyo ejercicio abusivo se ha perpetrado el delito, interpretación ésta que aún siendo en general la más razonable, en el presente artículo 417 parece no ser viable, al aludir el precepto "a los efectos propios de ella" -de la inhabilitación especial- y, además, al de "prestar cualquier género de servicio...", texto que parece aludir a que se impongan todos los "efectos" de esta pena, concretados en lo relativo a la profesión u oficio al ámbito que se especifica" ("La pena de Inhabilitación especial en el aborto (comentario sobre la doctrina jurisprudencial relativa al art. 417 del C.p.)" en CPCr. n.º 1, Madrid, 1977, pgs.135-137, pg. 135, n. 1). Pese a lo moderado de la

art. 417 se limitara a señalar esta pena sin aña
 dir ese efecto específico al que realmente alude,
 la situación generada por su imposición sería, seg
 ún la interpretación restrictiva que patrocino,

-
- (1.525) ...reflexión y al corto alcance que parece pre-
 tender dar su autor a la conclusión que extrae,
 en esta materia creo que es necesario ser toda-
 vía más cauteloso. En efecto, si se predica la
 imposición de todos los "efectos" de la pena de
inhabilitación especial, ¿Cuál será el criterio
 para determinar el "cargo público electivo" res-
 pecto al que el penado queda privado de elegir
 o ser elegido, según el art. 37 (uno de esos -
 "efectos")? ¿de qué privará el juez al culpable
 de aborto, de elegir concejales y ser elegido
 concejal o de ser elector y elegible para diputa-
 do?; dado que el art. 37 se refiere al derecho
 de sufragio activo y pasivo "para el cargo electi-
 vo sobre que recayere" (en singular) no hay lógi-
 ca que justifique la privación de ese derecho res-
 pecto de p. ej., diputado, y viceversa. Por otra
 parte, si "el culpable de aborto" es funcionario,
 imponiéndole todos los "efectos" de la inhabili-
 tación especial, quedará privado del cargo y ho-
 nores anejos a él e incapacitado para obtener -
 otros análogos (art. 36) y, además, (art.41), pri-
 vado de la facultad de ejercer su profesión u ofi-
 cio (ello al margen de la susceptibilidad de apli-
 car la agravante 10 del art. 10), mientras que si
 no ostenta cargo o empleo público solo se le pri-
 va de lo segundo. ¿Por qué esta disparidad (es-
 pecialmente habida cuenta de la posible operati-
 vidad de esa agravante)? Si, por el contrario,
 se piensa en que la inhabilitación especial es un
 género que contiene tres penas y que la del art.
 417 es la para profesión u oficio y se interpre-
 ta esta con la doble restricción que propugno,
 cuando el "culpable de aborto" sea funcionario pú-
 blico no por ello habrá de aplicarsele la inhabi-
 litación especial para cargo público, pues con la
 de profesión u oficio así entendida se alcanzaría
 el mismo efecto que el señalado para la primera
 por el art. 36, 1ª, lográndose el que se contiene
 en el nª 2ª de ese mismo art. 36 por el efecto es-
 pecífico previsto por el art. 417.

en el caso de, por ejemplo, un médico "culpable de aborto", la de que este sujeto quedaría privado del ejercicio de la medicina en las mismas circunstancias y con iguales características en que la ejercía cuando cometió el delito de referencia. En consecuencia, podría seguir desempeñando fuera de esas concretas circunstancias y características, es decir, normalmente prestando algún "género de servicios" (médico o no), distinto de aquel para el que fue inhabilitado, en "clínica, establecimiento sanitario o consultorio", "ginecológico" o no, "público o privado", diferente de aquel en el que trabajaba cuando cometió tal delito. Ante ello, el legislador parece pensar (y no entro en la corrección o incorrección de tal pensamiento) que debe ampliar aún más el efecto de la inhabilitación especial, y así lo hace a través de la fórmula final del art. 417 (que, y esto debe tenerse también presente como otro apoyo a mi argumentación, no excluye la posibilidad de, por ejemplo, prestar algún género de servicio en clínicas, establecimientos sanitario o consultorio no ginecológico, público o privado).

En cambio, una interpretación más amplia de los efectos de la inhabilitación especial para profesión u oficio, no precisaría de esta especificación presente del art. 417, por quedar englobado en la total prohibición de ejercer tal profesión o dicho oficio en cualquier ámbito posible.

E) Además, parte de las razones que parecen haber llevado a la afirmación de que el art. 41 debe interpretarse restrictivamente, en el sentido de que

las profesiones u oficios a que se refiere son "aquellas que requieren un permiso, licencia o autorización de la Administración pública" (1.526) también operan favoreciendo la segunda restricción que propugna. En efecto, se dice que "posiblemente han sido a tal efecto decisivas las consideraciones críticas tradicionalmente esgrimidas frente a la propia pena de inhabilitación especial para profesión u oficio: por un lado, lo inicuo de privar a una persona del derecho de vivir de su trabajo profesional; por otro, la muy difícil efectividad de dicha sanción, a menos que la misma se constriña a las profesiones cuyo ejercicio requiere una habilitación o permiso oficial", a ello se añade que "es preciso tener en cuenta que.. el entendimiento de la regulación de las penas privativas de derechos debe regirse por un sentido restrictivo" (1.527). Obviamente, la 1a. y 3a. razón son de aplicación inmediata a la 2a. restricción propuesta. Por lo que se refiere a la 2a. razón, es claro que la efectividad de la pena se verá también favorecida por la mayor facilidad del control del cumplimiento que supone la privación no de toda forma ejercer esa profesión u oficio, sino solo del ejercicio en las circunstancias y con las características con que se venía ejerciendo cuando se cometió el delito. Solo resulta inaplicable a esta 2a. restricción la última de las razones aducidas en favor de la 1a., esto es, la "configuración de los tipos de intrusismo profesional por los arts. 321 y 572" (1.528).

(1.526) CORDOBA, "Comentarios..." cit., T.II, pg. 179

(1.527) CORDOBA, ob. y pg. cits..

(1.528) CORDOBA, ob. y pg. cits..

Por último, y conectando en parte con lo anterior, como dice QUINTANO (1.529), frente a la efectividad inmediata de la pena de inhabilitación especial para cargo público, la del art. 41 "raramente llega a tener efectividad" y, por ello, para "corregir en lo posible esta desigualdad", se introdujeron en 1944 "acertadas disposiciones en la parte especial del código" (como las de los arts. 417 ó 445), también en la parte general del propio texto legal se ha de procurar una igualdad de los efectos que comportan ambas penas". En este sentido, resulta congruente la interpretación que propugno, como se desprende de las razones antes dadas para mostrar la mayor gravedad que implicaría la inhabilitación especial para profesión u oficio respecto de la prevista en el art. 36, caso de realizarse una interpretación poco cuidadosa de los términos del art. 41. (1.530)

(1.529) "Comentarios..." cit., pgs. 333-334.

(1.530) El citado efecto específico contenido en el art. 417 sirve, por otra parte, como confirmación de que el código, cuando habla de una pena de inhabilitación especial sin ulterior concreción, no pretende una aplicación conjunta de la inhabilitaciones especiales para cargo público, profesión u oficio y derecho de sufragio en los términos de los arts. 36, 41 y 37 respectivamente, entendiéndola referida a cargo público en términos similares a los de la citada S.T.S. 31-X-1975. Efectivamente, de perseguir ese propósito no especificaría una prohibición de prestar servicios en "clínicas, establecimientos sanitarios o consultorios ginecológicos, públicos", puesto que en estos se está o con un cargo o con un empleo públicos, de los que habría sido privado e incapacitado para obtener otros análogos.

8. La inhabilitación especial para derecho de sufragio.

Parece obligado, tras referirme a las otras dos, tratar sucintamente, y al efecto de cerrar el panorama de inhabilitaciones especiales propuesto, la inhabilitación especial para derecho de sufragio activo y pasivo respecto de cargo electivo (1.531). Sentada anteriormente la afirmación de la superfluidez de término "electivo",

-
- (1.531) Desde el primer momento conviene tener presente el distinto carácter con que se presenta esta inhabilitación especial respecto a las otras dos. Según BERISTAIN, ("La inhabilitación penal ayer, hoy y mañana" en RGLJ, T.LII (221 de la colección n.º 3, sept. 1966, pg.) "etimológicamente, inhabilitación, como rehabilitación, provienen de la palabra latina habilis, que incluye simultáneamente dos acepciones directamente vinculadas con nuestro tema: a) habilis = digno de ser considerado; b) habilis = capaz de hacer algo", "ambos significados, añade, deben tenerse muy en cuenta; debe concedersele a cada uno de ellos su debida autonomía, pero sin perder nunca de vista la raíz de que deriva". En función de ello, se puede entender que, pese a que el primer significado originariamente pudiera referirse a otra cosa, actualmente, sin que ello implique total abandono de la primitiva referencia, la primera acepción puede, y en mi opinión debe, interpretarse como susceptibilidad de que la opinión de una persona sea socialmente tenida en cuenta. Así, por el art. 37 se considera al inhabilitado indigno de que su opinión sea socialmente (a través de la emisión del voto) considerada e indigno de que sus conciudadanos (a través de los votos que estos emitan) lo consideren a la hora de determinar quien puede ocupar un cargo público; mientras que por los arts. 36 y 41 el inhabilitado pasa a ser oficialmente incapaz de desempeñar un cargo público o empleo público, una determinada profesión o un cierto oficio.

por cuanto solo en relación a un cargo auténticamente de este tipo puede negarse la posibilidad de "elegir y ser elegido" (1.532), es preciso desechar una posible óptica justificativa de esta pena.

-
- (1.532) Afirmación que cobra más fuerza, aún prescindiendo de la interpretación del término "sufragio", si se tiene presente que difícilmente se puede privar del derecho a ser elector y elegible respecto a cargos pseudoelectivos (por ejemplo, acceso por concurso-oposición o por sólo uno de estos métodos, a los cuerpos administrativos), a quien no reúne cualidades ni para lo uno ni para lo otro. Privar, por ejemplo, del derecho a elegir y ser elegido catedrático de Universidad, a quien ni puede serlo ni puede opinar con transcendencia que otro lo sea en el momento en que se le impone la pena, sobre resultar absurdo por lo que tiene de contradictorio con el verbo privar (se priva de algo que no se tiene), supondría no la privación de un derecho, sino de una expectativa (más o menos fundada y posible) de derecho. La pena perdería así su carácter, para adquirir (más aún) el de medida de seguridad. En suma, el cargo al que se refiere el art. 37 es "electivo" pero entendiendo este término en el sentido que se explicitaba en los códigos anteriores a 1944: "de elección popular". No caben aquí las elecciones sobre un restringido círculo de personas por un más restringido todavía círculo de otras personas, "elecciones", por lo demás, supeditadas a un ulterior nombramiento (y aún, en ocasiones, nueva "elección" de entre los propuestos) por parte de "la autoridad competente" (V., por ejemplo, art. 36 LFCAE).

A) Me refiero a que respecto a ella no creo que pueda seguirse la opinión que expresa FERRER en relación a la similar privación de derecho de sufragio que apareja la inhabilitación absoluta. Dice este autor que "consecuencia lógica de la inhabilitación para el desempeño de cargos es que quede privado del derecho de ser elegido para los mismos aquel que perdió por razón de delito los que venía ejerciendo" (1.533). En mi opinión, este argumento (independientemente de su validez o no respecto del art. 35, en lo que ahora no entro) no puede trasladarse como relacionante de los arts. 36 y 37. Ello por varias razones:

En primer término, porque el cargo del que priva al penado a inhabilitación especial para cargo público no tiene porque ser necesariamente electivo, y menos suponer que la elección se realiza mediante sufragio; es más, normalmente no lo será por lo mismo que no lo son la mayoría de los puestos de la Administración pública. (1.534) Así pues, privar del derecho de sufragio para elegir o ser elegido para un cargo electivo (art.37) a quien previamente se ha pri

(1.533) "Comentarios..." cit. T.II., pg. 211

(1.534) Téngase en cuenta que el art. 37 castiga a inhabilitación para el derecho de sufragio activo y pasivo respecto del "cargo electivo sobre que recayere", no, como en el art. 35, 2ª, respecto de "cargos públicos" en general. Por lo demás, téngase también en cuenta la razón antes aducida para excluir del ámbito del nº 1º del art. 36 los cargos electivos en sentido propio.

vado (art. 36) del cargo (no digamos ya cuando la privación es de empleo) no electivo que ocupaba, difícilmente puede considerarse una consecuencia lógica de la privación de este segundo cargo. En este sentido, queda rota la congruencia del argumento aludido.

En segundo lugar, tampoco es de recibo tal argumento por cuanto la relación que implicaría entre los arts. 36 y 37, debe rechazarse en base a que, como ha resaltado MANZANARES, si tal relación existiese el art. 37 resultaría, en parte, reiterativo respecto del artículo anterior, pues "si en virtud del art. 36 se priva de un cargo público y de la capacidad de obtenerlo, huelga la inexistencia del art. 37 acerca de la imposibilidad de ser elegido por ese mismo cargo". (1.535)

(1.535) "Inhabilitaciones..." cit., pg. 191. Ahora bien, debo resaltar, por lo que tiene de opuesto a la argumentación que llevo hecha, que este autor, en cambio, toma un punto de partida contrario a la conclusión a que he llegado, esto es, piensa que existe "una sólo pena de inhabilitación especial, cuyos efectos detalla luego separadamente el legislador en los arts. 36, 37, 40 y 41" (ob. y pg. cits). Por ello y a la vista de la incongruencia antes resaltada, que detecta, opta por acusar a la regulación del c.p. del pecado de reiteración, sin dar más salida a este defecto que la, por el califica de "muy artificiosa", "de que, de manos del art. 36, se podría hacer recaer la pena sobre un cargo y, al amparo del art. 37, sobre otro distinto" (ob. y pg. cits.). Este último razonamiento, obstaculizador para quién, como el autor de referencia, piensa que la inhabilitación especial no es una clase de pena sino un solo pena, lo salva el propio MANZANARES nada menos que de la manera siguiente: "tal argumentación, muy artificiosa, no sería óbice para que al Tribunal le bastará el primero de ambos preceptos para conseguir la marginación conjunta de ambos empleos", y sigue". Es cierto que el párrafo 1º del art. 36 no señala, a diferencia del párrafo 1º del art. 35, que la privación se extiende o puede extenderse a cualquier cargo, aunque sea selectivo, pero sabido...

(...) es que donde la ley no distingue, el intérprete no debe distinguir tampoco " (ob, y pg. cits), Al margen de que el anterior brocardo, y a la vista del carácter de estas penas y de lo que tiene de ampliatoria la interpretación que propone el autor citado, se puede oponer el de "favorabilis sunt amplianda, odiosa restringenda" (cuyo efecto cobra singular valor precisamente en el ámbito penal: V. DEL ROSAL, " Tratado de Derecho Penal Español (Parte General)", Vol. I, Madrid, 1.968, pg 261), con su argumentación olvida que la ley si distingue: la inhabilitación del art. 36 es especial y su n°1° se refiere a la privación " del cargo o empleo sobre que recayese" tal específica inhabilitación" y de los honores anejos a él"; cuando el propio artículo ha querido referirse a varios cargos, así lo ha hecho, pues su n°2° se refiere a la "incapacidad de Obtener otros análogos" a aquel del que se ha privado al penado en virtud de la aplicación del n° 1° de ese artículo; además, si en este n° 1° no se tratará de un sólo cargo, ¿ respecto a cuál de los varios la analogía del n° 2° ? Por otra parte, no debe olvidarse que el art. 35, 1° se refiere a la privación " de los empleos y cargos públicos que tuviere el penado", lo que también resta fuerza a la razón aportada por MANZANARES, por el doble motivo de que, primero, este n° 1° del art. 35, como más atrás ya he resaltado, no extiende la privación "a cualquier cargo", sino precisamente a aquellos " que tuviere " el condenado y, segundo, que difícilmente se podrá aplicar el art. 36, 1° (como el 35, 1°, incluso este más todavía porque la ley lo señala explícitamente, lo que a su vez sirve de guía en la interpretación del art. 36, 1°, cubriendo la omisión, correcta por ser innecesarios los términos" que tuviere" a la vista del verbo "privar" que en uno y otro caso emplea el texto legal) a quién no tuviera cargo alguno, pues si tal ocurriera no se privaría el penado de un (os) cargo (s) sino de la espectativa (más o menos posible y , si posible, más o menos probable) de alcanzarlo (s).

B) En mi opinión, la inhabilitación especial para el derecho de sufragio activo, y pasivo para cargo electivo, no es uno de los efectos de la pe na de inhabilitación especial, sino una de las pe nas de inhabilitación especial. Esto es, una pena independiente que, como las otras dos (1.536) penas de inhabilitación especial, será consecuencia de aquellos delitos, cuyos tipos señalan penas de inhabilitación especial (sin ulterior concreción), que, por sus caracteres propios y por los de los sujetos que los cometen, hagan posible la aplicación de una inhabilitación de las señaladas características.

C) En este sentido, y por lo que a los sujetos se refiere, entiendo que no puede imponerse esta pena a quien no tenga derecho de sufragio activo y pasivo para cargos públicos (1.537), pues no se puede privar de este derecho a quien no lo tiene. (1.538) Respecto a qué delito, de entre aquellos que tienen, obviamente, ya señalada inhabilitación especial como pena, debe aplicarse la inhabilitación

(1.536) Dejo al margen el supuesto más específico todavía del art. 40.

(1.537) Caso del menor de 21 años, conforme a la legislación vigente.

(1.538) Privar de un derecho a quien no lo tiene, no es tal en sentido propio, sino privarle de una espectativa de derecho.

especial para derecho de sufragio para cargo público electivo, entiendo que son exclusivamente los que se relacionen precisamente con el ejercicio del derecho de sufragio para cargos públicos. (1.539)

Habida cuenta de que los referendums no suponen en forma alguna ejercicio electoral para cargos públicos y, en consecuencia, no es aplicable al voto referendario el art. 37 C.p., no es en la normativa al respecto donde hay que acudir en cumplimiento de la remisión que, en definitiva, late en la estructura del citado artículo. En mi opi-

(1.539) No tiene sentido alguno privar del derecho de sufragio para estos cargos a quien, por ejemplo, ha cometido escándalo público, sin más matización; los caracteres con que se presenta este delito no permiten otra conclusión, especialmente si se considera la variabilidad temporal y espacial de los supuestos que puedan dar motivo a la incriminación, por ejemplo, ¿puede admitirse en buena lógica que una actriz que, hace poco tiempo, se hubiera sido condenada como autora de escándalo público, quede, en consecuencia, privada del derecho de sufragio activo y pasivo para las próximas elecciones legislativas?. Desde hace ya mucho tiempo está inconcusamente aceptado por todo derecho civilizado que la pena ha de ser adecuada al delito por el que se impone. En esta óptica, no sólo el delito de escándalo público, cuya especial contextura lo hace paradigmático a este respecto, sino cualquiera otro ajeno al ejercicio del sufragio aparecería inadecuadamente castigado con la pena de referencia.

nión, esta norma adquiere contenido en referencia a la legislación electoral que, hasta hace poco, se circunscribía a la ley electoral de 8-VIII-1907, la cual, como dice RODRIGUEZ DEVESA seguía "en vigor en su parte penal, recogida en el título VIII". (1.540)

El art. 81 de esta ley declara que "son aplicables en todo caso las disposiciones generales y especiales del C.p. a los delitos previstos en esta ley, en cuanto dichas disposiciones se refieren al concepto de los delitos como consumados, frustrados y tentativas, a las participaciones en ellos de las diversas personas que sean objeto del precepto, a las circunstancias modificativas de la responsabilidad y a la consiguiente graduación y aplicación de las penas".

Según el art. 78, parr. 2ª "se entenderá que son delitos electorales, los especialmente previstos en esta ley, y los que, estando en el C.p., afecten a la materia propiamente electoral".

En el art. 74 se imponen como "penas comunes para todos los delitos relacionados directamente con las disposiciones de esta ley, ya se hallen en ellas previstos o lo estén en otra, la de inhabilitación especial, temporal o perpetua para el derecho de sufragio, cuando el culpable sea o tenga el carácter de funcionario público, y la de suspensión del mismo derecho, cuando sea particular".

En caso de reincidencia por delito de esta especie, la inhabilitación correspondiente a los funcionarios será absoluta perpetua, y a los particulares se impondrá la inhabilitación absoluta temporal,

además de las penas correspondientes". Precepto que había que entender referido en su primer término a, simplemente, inhabilitación especial dada la ausencia de perpetuidad de esta pena y a inhabilitación absoluta por igual motivo, en los dos supuestos del segundo término.

En consecuencia, la pena de inhabilitación especial para derecho de sufragio activo y pasivo para cargo público, limitaba su aplicabilidad a los delitos relacionados directamente con las disposiciones de la ley de 8-VIII-1907, ya estuviesen previstos en ella o lo estuviesen en otra, - siempre que el culpable de ellos fuera o tuviera el carácter de funcionario público.

Además de ello, el art. 73 de la ley electoral podía hacer que derivara algún otro supuesto sancionable con dicha pena. Dicho artículo dispone que "los delitos previstos en el C.p. que tengan por objeto la materia electoral (1.541), se castigarán, cuando no sean aplicables las disposiciones especiales de los artículos precedentes (1.542) con las penas que el mismo Código señale, y además con la multa de 125 a 1.250 pesetas, en caso de que no le corresponda pena de esta clase". En consecuencia, aquellos delitos del C.p. que, relacio

(1.541) Recuérdese art. 78, párr. 2º.

(1.542) Del Cap. I, Título VIII, de la ley.

nándose con la materia electoral, se encontrasen allí castigados con pena de inhabilitación especial para derecho de sufragio activo y pasivo para cargo público.

La nueva normativa en esta materia, contenida en el R. D-L 20-1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales, no ha alterado (1.543) sustancialmente la situación descrita.

En este sentido, el art. 82 señala que "en todo lo que no se encuentre expresamente regulado en este capítulo se aplicará el C.p.", con lo que, como señala MUÑOZ CONDE, "realmente, más que en el carácter supletorio del primer cuerpo legal represivo, viene a confirmarse el carácter penal ordinario de los delitos electorales, a los que serán de aplicación prácticamente todas las disposiciones generales en materia de elementos esenciales del delito, formas imperfectas de ejecución, participación, circunstancias modificativas, etc." (1.544).

(1.543) Como tampoco era distinto el panorama a este respecto con anterioridad a la ley de 1907: V. Ley de delitos electorales de 22-VI-1864, arts. 6, 7 y 12; Ley electoral del 23-VI-1870, arts. 166, 168, 170, 172 y 174; Ley electoral de 20-VII-1877 que restablece la de 1.864 en esta materia; Ley electoral de 28-XII-1878, arts. 126; Ley de Elecciones de Diputados a Cortes de 26-VI-1870 art. 92, 97 y 104; D. 8-V-1931 modificando la ley electoral para formar la Asamblea Constituyente. Puede verse toda esta normativa en Esteban MESTRE, "Los delitos electorales en España (1812-1936)", Madrid Editora Nacional, 1977, pgs. 229 y sgs.

(1.544) "Delitos electorales (Breve glosa y comentario al Título VIII del Real Decreto-Ley 20-1977, de 18 de marzo sobre Normas Electorales)", en CPCr., nº 2, Madrid, 1977, pg. 166; según RODRIGUEZ DEVESA ("Parte Especial", cit., pg. 1.101), de este art.

por consiguiente, son aplicables también las disposiciones generales del Código en materia de pena.

A tenor del art. 80, "por todos los delitos a que se refiere este título se impondrán además de la pena señalada en los artículos siguientes, la de inhabilitación especial para el derecho de sufragio activo y pasivo". Consecuentemente, esta pena limita su aplicabilidad a los delitos electorales contenidos en el Título VII del R.D.-L. en comentario, restringiendo así el alcance del art. 74 de la Ley de 1907. (1.545)

-
- (1.544) ...82 se desprende que "son aplicables todos los preceptos contenidos sobre delitos, personas responsables y penas en el libro I del Código Penal". En el mismo sentido, Enrique ORTS BERENGUER, "Consideraciones críticas en torno a los tipos penales del Real Decreto-Ley 20-1977 de 18 de marzo, sobre normas electorales", en CPCr. no. 3, Madrid, 1977, pgs. 271-272, y MORILLAS CUEVA, "los delitos electorales (Aspectos penales del R.D.-L 20-1977 de 18 de marzo, sobre normas electorales)", Universidad de Granada, Facultad de Derecho, 1977 pgs. 19-20.
- (1.545) Comentando el art. 80 del Real Decreto-Ley dice RODRIGUEZ DEVESA que "no hay previsiones para el supuesto en que proceda aplicar el C.p. por imponer esta mayor pena (a lo que obliga el art. 79 del R.-D-L) y por lo tanto en tales casos no procede la inhabilitación si corresponde por el delito cometido. Una inexplicable benevolencia ("Parte Especial" cit., pg. 1.102). Sobre este art. 80 de la ley electoral, V., MORILLAS, "Los delitos electorales..." cit., pgs. 28-31 en donde, al no diferenciar la inhabilitación especial para derecho de sufragio en el C.p. como pena autónoma, sino entenderla como efecto de las inhabilitaciones, se encuentra con el problema de una acumulación de inhabilitaciones para derecho de sufragio proveniente de las accesorias de las privativas de libertad más la específica del art. 80 (ob. cit., pgs. 30-31).

Por último el art. 86, 2, al imponer que "incurrirán en la pena señalada en el apartado anterior (arresto mayor) y, además, en la de inhabilitación especial para cargo público, los funcionarios públicos que...", diferencia claramente esta última como clase de pena (no como efecto de una plural pena preexistente) de la inhabilitación especial para derecho de sufragio activo y pasivo para cargo público. (1.546)

9. Conclusiones generales del Apartado I.

De todo lo que llevo dicho se pueden extraer las siguientes conclusiones: (1.547)

(1.546) La que también habrá de imponerse en el supuesto del art. 86, Dos, dado el art. 80.

(1.547) Debe advertirse que en toda esta materia, por lo que a la inhabilitación absoluta, a la especial para cargo público y a la suspensión de un cargo público, se refiere, nos movemos en un terreno resbaladizo para las afirmaciones generales, dada la mayor amplitud del concepto penal de funcionario respecto al administrativo. En aquellos casos en los que el penado fuera funcionario a efectos penales pero no funcionario administrativo en sentido estricto, habrá de procederse a una concreción particularizada caso por caso de tales afirmaciones generales, que operaran como principio rector, pero que no pueden prever todas y cada una de las especificidades de cada uno de ellos. Por ello, habida cuenta de la necesaria integración de las disposiciones administrativas en la ley penal para que esta adquiriera plenos significados, las conclusiones que a continuación enumero (como algunos de los argumentos ya empleados) se refieren, cuando de las tres señaladas penas se trata, al funcionario, en sentido administrativo, y al "empleado" en este mismo sentido (con lo que serán pocos los casos en que las conclusiones que a continuación se señalan no tengan una aplicación directa). Es labor del intérprete ante cada caso administrativo "heterodoxo" la adecuada particularización de tales conclusiones.

- 1ª) Que la inhabilitación especial es un género de pena que acoge tres penas independientes: para cargo público, para derecho de sufragio activo y pasivo respecto de un cargo público y para profesión u oficio. No es, por tanto, la inhabilitación especial una sola pena con tres diferentes efectos, sino tres penas distintas derivadas de la común idea de inhabilitación especial.
- 2ª) Cuando el C.p. señala para un delito pena de inhabilitación especial sin especificar a cual de las tres inhabilitaciones especiales se refiere, la que corresponde está determinada en el Código por el sujeto y caracteres del delito.
- 3ª) La privación de cargo y/o empleo que implican las inhabilitaciones absolutas (art. 35, 1ª) y la especial para cargo público (art. 36, 1ª), solo puede hacerse sobre quien ostenta uno y/o otro. En consecuencia, a quien no se encuentra en esta situación tampoco se le puede incapacitar para obtener esos mismos cargos y empleos (art. 35, 3ª) ya que no puede saberse cuales son, ni incapacitarle para obtener otros análogos (art. 36, 2ª), por imposibilidad de establecer analogía con algo más de lo inexistente.
- 4ª) La inhabilitación especial para cargo público supone la privación de un cargo o empleo (art. 36 1ª), no de una pluralidad de estos.
- 5ª) La inhabilitación especial para cargo público no implica la privación de cargos o empleos "electivos", en sentido de elección popular, sino que se refiere tan solo a los cargos y empleos no "electivos".

- 6ª) La inhabilitación absoluta no priva al penado de la facultad de ejercer su profesión u oficio.
- 7ª) La pena de inhabilitación especial para profesión u oficio debe interpretarse restrictivamente en un doble sentido: a) se refiere a profesiones u oficios "que requieren permiso, licencia o autorización de la Administración pública". b) supone la privación de la facultad de ejercer una u otro no genericamente, totalmente, sino de hacerlo en las mismas circunstancias y con las mismas características con que se ejercían por el penado cuando este cometió el delito que originó esta pena, esto es, supone una parcial privación de la facultad de ejercerlas.
- 8ª) La inhabilitación especial para derecho de sufragio activo y pasivo para cargo público, así como el 2ª efecto de la inhabilitación absoluta, solo pueden recaer sobre sujetos dotados de estos derechos y por delitos relacionados con la materia electoral.

A las anteriores conclusiones extraídas del texto, deben añadirse las siguientes deducidas de las notas:

- 9ª) El art. 35, 1ª, produce el efecto de privar al penado de todos los honores, cargos públicos y empleos que este tuviere. No de los que hubiere tenido, ni de cualesquiera otros posibles e incluso probables. Si en la práctica se produce o no la "privación" de estos últimos, es algo no determinado por la ley penal; para su averiguación habrá que acudir a las leyes administrativas atendiendo a la condición de inhabilitado del penado.

- 10^a) El término "empleo" utilizado por los arts. 35 y 36 debe interpretarse como aquella relación especial originada por un vínculo que liga a una persona con la Administración pública en forma distinta del funcionario, es decir, un vínculo contractual, administrativo, civil o laboral.
- 11^a) La incapacitación para obtener los "derechos mencionados en el n^o 1^a, a que se refiere el art. 35, 3^a, carece de sentido. Si, no aceptando lo anterior, se dota de sentido a esa remisión refiriendo el término "derecho" no al n^o 1^a sino al 2^a del mismo artículo 35, el n^o 3^a sería reiterativo por no añadir nada nuevo a los efectos propios del n^o 2^a.
- 12^a) La incapacidad de obtener "otros análogos" a que se refiere el n^o 2^a del art. 36, debe entenderse como incapacidad de obtener cargos y empleos análogos al cargo o empleo del que se ha privado al penado en función del n^o 1^a del art. 36. De la misma manera, respecto de los honores, existe la incapacidad de obtener los honores anejos a los cargos y empleos análogos al cargo o empleo del que se ha privado según el n^o 1, honores que deben ser análogos a los anejos a dicho cargo o empleo.
- 13^a) La incapacidad de obtener los cargos y honores a que se refiere el art. 35, 3^a, y la incapacidad de obtener los cargos, empleos y honores anejos, análogos al cargo o empleo y honores anejos a él del art. 36, n^o 1^a, a que se refiere el art. 36, 2^o, han de entenderse como incapacidad de obtener las consecuencias derivadas de la ostentación de esos honores e incapacidad de obtener el desempeño de las funciones propias de esos cargos o empleos.

Pese a la ausencia del término "empleo" en el n.º 3.º del art. 35, el penado a inhabilitación absoluta tampoco puede obtener el desempeño de las funciones propias de los empleos de que ha sido privado por la aplicación el n.º 1 del art. 35.

14.ª) La inhabilitación absoluta en su segundo efecto (derecho de sufragio) y la inhabilitación especial para derecho de sufragio activo y pasivo para un cargo público, se refieren ambas a cargos públicos de elección popular no a otros que no implicitan el elegir o ser elegidos en este sentido, a los que, por tanto, no puede aplicarse ese efecto o esta pena. El término "electivos" que utiliza el art. 37 es supérfluo.

15.ª) La suspensión de un cargo público priva al penado de ejercerlo, pero no, a diferencia de la inhabilitación absoluta y de la especial para cargo público, de la condición de funcionario. Sin embargo, a la vista del art. 50,6 LFCAE (por el que durante "el tiempo de cumplimiento de la pena" el funcionario suspenso está privado" de todos los derechos inherentes a su condición") se podría deducir que, en definitiva, apareja iguales efectos, pero tal afirmación no sería exacta habida cuenta de que el inhabilitado, para recuperar la condición de funcionario, o bien es rehabilitado o bien tiene que concurrir, y superar, las pruebas de selección (y ulteriores requisitos) que la ley señala para la adquisición de dicha condición, mientras que el suspenso, al no haberla perdido en ningún momento, solo tendrá que recuperar un puesto de trabajo en la Administración al que tiene derecho como funcionario, ya que es el puesto de trabajo (art.50 , 2 LFCAE) y no la condición de funcionario lo que con la suspensión se pierde.

10. Determinación de la "inhabilitación especial"
del art. 358 C.p.

- A) Antes de aplicar estas conclusiones a la pena prevista para el delito de prevaricación del art. 558 del C.p. y, así, poder concretar exactamente en que consiste aquella, parece necesario señalar que, atendiendo a la interpretación más elemental, "los delitos de funcionarios" cuando prevén como pena la de inhabilitación especial, se refieren a la "inhabilitación especial para cargo público" del art. 36. Singularmente para la prevaricación juega en igual sentido la interpretación histórica, habida cuenta de que el art. 451 del C.p. de 1822, único que intenta explicitar la pena a que se refiere, determinaba que "los prevaricadores perderán sus empleos, sueldos y honores, y no podrán obtener cargo público alguno"; en consecuencia, con esta fórmula se marginaban las inhabilitaciones especiales para profesión u oficio y para derecho de sufragio y, señalándose en el actual art. 358 la inhabilitación especial, igualmente queda fuera de lugar la apreciación de inhabilitación absoluta.
(1.548)
- B) Estos indicios de que la pena a que se refiere el art. 358 C.p. es la "inhabilitación especial para cargo público" descrita en el art. 36 del propio texto legal, se confirman por la aplicación de las aludidas conclusiones acabadas de enumerar.

(1.548) Este criterio es también extendible a otros delitos de funcionarios sobre la base del propio C.p. de 1822.

En efecto, según ellas la inhabilitación especial del citado artículo 1ª) No abarca las para cargos públicos, profesión u oficio y el derecho de sufragio, sino una sola de estas. 2ª) Habida cuenta de que el sujeto activo tiene que ser un "funcionario público", de que es delito especial y especial propio y de que no es concebible que la acción descrita pueda ejecutarse sin la intervención directa de un funcionario público, la inhabilitación especial será para cargo público en los términos del art. 36.3ª) La inhabilitación especial recaerá solo sobre un cargo o empleo, precisamente sobre aquél que le permitió al sujeto dictar la injusta resolución, aquél del que se prevaleció, pero no sobre otros que pudiera ostentar dicho sujeto; igualmente el sujeto, aparte de los efectos sobre los honores, quedará incapacitado para obtener cargos y empleos análogos a aquel cargo o empleo del que se le inhabilita. 4ª) El cargo o empleo sobre el que recae la inhabilitación no puede ser de los "electivos" en el sentido de elección popular, excluidos de los efectos de la inhabilitación especial por el art. 36.5ª) Son de aplicación las demás conclusiones aclaratorias del sentido de los términos y alcance de los efectos a que se refiere el art. 36.

C) Lo anterior suscita, por lo menos, 3 cuestiones:

a) Que pena corresponde al partícipe no funcionario público que, por tanto, no ostenta cargo o empleo, y honores de ellos derivados, sobre que pueda recaer la inhabilitación especial del art. 36. Esta cuestión la trataré separadamente.

b) Si actualmente la limitación que supone la exclusión del art. 36, de los cargos o empleos de elección popular, no encierra excesiva gravedad habida cuenta de la casi total ausencia de estos (aunque la existencia de algún supuesto da vigencia actual al problema), no cabe duda de que en breve plazo, por la previsible multiplicación de cargos y empleos dotados de esta configuración, nos hallaremos (y nos hallamos dados los supuestos, aún mínimos, existentes) ante una situación extremadamente grave, pues también los ostentadores de cargos o empleos de elección popular prevarican. Es indudable la necesidad de proceder inmediatamente a una modificación de la inhabilitación especial para cargo público que incluye tales casos. Hasta ese momento, razones de justicia material exigen una interpretación que no los excluya del ámbito del art. 36.

c) Desde un punto de vista de política criminal, cabe apuntar, de lege ferenda, como más adecuada que la inhabilitación especial para cargo público, la inhabilitación absoluta. Si se opina que la inhabilitación para cargo público es adecuada a la prevaricación, en esta lógica no parece correcto que simplemente se aparte al sujeto del cargo o empleo desde el que prevaricó permitiéndole continuar en otros que ostentase, abiertos a la realización de acciones similares, sino que parece mejor apartarle temporalmente de la órbita de la participación en el ejercicio de funciones públicas, y, en este sentido privarle de todos los cargos o empleos públicos que tuviese. Por lo menos por lo que se refiere al supuesto del párr. 1º. Quizás, la solución mejor estriba en imponer pena de inhabilitación absoluta en el supuesto de hecho del párr. 1º y de inhabilitación especial para cargo público en el del 2º,

con lo que se satisface el distinto grado de culpabilidad y la lógica de que las acciones dolosas sean castigadas con mayor pena que las culposas. Ello, insisto, siempre que se piense que la inhabilitación sea el género de pena más adecuado para estas acciones.

II. DURACION DE LA PENA Y SUS EFECTOS

1. Planteamiento. Las contrapuestas opiniones doctrinales sobre la perpetuidad o temporalidad de la "privación" de los núms. 1º de los arts. 35 y 36 C.p.

Otro aspecto que demanda prioritaria determinación es el de la duración de la pena y de sus efectos. La doctrina no es unánime a este respecto. Mientras para algunos, el primer efecto (privación) de las inhabilitaciones absoluta y especial para cargo público es perpetuo y, en cambio, los demás efectos de ambas deben durar el tiempo de la condena, que ha de ajustarse al tiempo marcado en el art. 30, para otros, esta temporalidad de las dos penas rige para todos sus efectos. El objeto de disensión es, por tanto, si la privación a que se refieren los núms. primeros de los arts. 35 y 36 es perpetua o temporal.

En mi argumentación me referiré fundamentalmente a la privación originada por la inhabilitación absoluta, por ser en ella donde la doctrina ha centrado la cuestión. Pero la conclusión, lo mismo que hace esa doctrina, es también aplicable a la inhabilitación especial para cargo público, que es la pena que aquí interesa.

FERRER (1.549) y CORDOBA (1.550) se inclinan por la perpetuidad de la privación de los honores,

(1.549) "Comentarios..." cit., T.II, pgs. 210-211.

(1.550) "Comentarios..." cit., T.II, pgs. 168-169.

empleos y cargos públicos (1.551). El primero, sobre la ausencia de una fórmula como la de du-

-
- (1.551) En el mismo sentido, RODRIGUEZ DEVESA dice: "Nótese que la "privación" a que se alude en la inhabilitación absoluta no está referida al tiempo de la condena, ni limitada, como ocurre en la suspensión (art. 38), simplemente al ejercicio del cargo público sobre que recayere. Con estas palabras, la privación equivale aquí a pérdida definitiva de los empleos y cargos públicos que el penado tuviere. Por consiguiente lo dispuesto en el Reglamento de Funcionarios de la Administración Local, art. 66 núm. 3, sobre la posibilidad de "rehabilitar" al funcionario "reintegrarlo al escalafón", es contrario a una disposición de rango superior, como es el Código Penal, y, por ello, carece de validez con arreglo a lo dispuesto en el art. 1º, 2 del Código civil" ("Parte General" cit., pg. 773; el subrayado en el original; cita como "en el sentido del texto" a "DEL TORO, en Comentarios, II, 1969" : la obra y página son correctas pero no el autor que es CORDOBA: V., "Comentarios..." cit., TII, pg.VII). No hace RODRIGUEZ DEVESA igual comentario respecto a la privación de cargo público que ocasiona la inhabilitación especial del art. 36, sin embargo, la reproducida argumentación relativa a la inhabilitación absoluta, debe, situándonos en la óptica del autor, referirse al nº 1º del art. 36.

rante -ó por- el tiempo de condena" presente en los núms. 2ª y 3ª (1.552) y el segundo autor, por

-
- (1.552) Tampoco FERRER refiere explícitamente este argumento al art. 36 cuando trata específicamente esta norma, pero no cabe duda que el comentario a este respecto al art. 35, es extendible, según la perspectiva de este autor, al art. 36 (en este sentido, sobre la obra de FERRER, se pronuncia MANZANARES: "Inhabilitaciones..." cit., pg.184), además cuando comenta el art. 38 señala que su menor gravedad respecto del 36 se muestra en que mientras la inhabilitación contenida en este "produce como primer efecto la privación del cargo o empleo sobre que recaiga y no durante el tiempo de la condena, sino que tal pérdida es definitiva, sin que se recupere el mismo finalizada la condena, en la suspensión de estos art. 38 que da el sujeto privado del ejercicio del cargo tan sólo mientras transcurre el tiempo de su condena, terminado el cual ha de recobrar la capacidad para su desempeño, subsistiendo el derecho al mismo" ("Comentarios..." cit., T.II, pg. 215). Respecto a esta última cuestión, siempre situados en la óptica interpretativa del autor, en realidad la ley tampoco es clara, pues en el art. 38 los términos "por el tiempo de la condena" puede pensarse que tan sólo se refieren al último inciso, esto es, a la privación "de obtener otro de funciones análogas" (en forma similar a como el propio FERRER ha interpretado los arts. 35 y 36) o que la limitación temporal abarca a ambos incisos (según la interpretación que ahora da este autor para el art. 38). En el primer sentido parece inclinarse RODRIGUEZ DEVESA, para quien entre la inhabilitación especial para cargo público y la suspensión del art. 38 "la única diferencia perceptible es que con la inhabilitación se pierden los honores, y no con la suspensión" ("Parte General" cit., pg.773), luego no encuentra diferencia en cuanto a la duración de la privación (al margen de no hallarla entre privación del cargo y privación de su ejercicio). Otros autores se inclinan, en cambio, por la segunda opción (privación por el tiempo de la condena), así CORDOBA ("Comentarios..." cit., T. II, pg. 174) y MANZANARES ("Inhabilitaciones...")

el "significado que corresponde a los términos legales del n^o 1 del art. 35" y por coordinación con los arts. 37, d) (1.553) y 50, 4 (1.554) de la

-
- (1.552) ...cit., pg.197). Un último grupo de autores, se limita a señalar que la diferencia fundamental en tre esa inhabilitación y la suspensión de cargo público, radica en la distinta duración en relación con lo señalado por el art. 30; con lo que, al no indicar si mediante ello se refieren a los dos efectos o solo al segundo, cabe interpretar que lo primero, apoyando así implícitamente, la tesis de la temporalidad del primer efecto: V. BERISTAIN, "La inhabilitación..." cit., pg.272, QUINTANO, " Compendio..." cit., T.I, pg. 481, (este especialmente, dada su negativa a aceptar penas perpetuas, como después se verá).
- (1.553) Referido a que las penas de inhabilitación absoluta, principal o accesoria, y de inhabilitación es pecial para cargo público son causa de pérdida de la condición de funcionario.
- (1.554) Que dispone que esas dos penas, "si fueran con caracter perpetuo", "determinan la baja definitiva del funcionario en el servicio"; art. que, se gún CORDOBA, emplea la frase de "si fuera con ca racter perpetuo" por una razón histórica.

LFCAE y 66, 71 del Reglamento de Funcionarios de la Administración Local. (1.555)

Por el contrario, MANZANARES (1.556) entiende que esta pena no es perpetua sino temporal. Su duración es la señalada en el art. 30 C.p., es decir, de 6 años y 1 día a 12 años (1.557). Para fundamentar su opinión emplea los siguientes argumentos:

(1.555) Respecto a la inhabilitación especial para cargo público, la opinión de CORDOBA es la siguiente: "La privación a la que el número 1 (del art. 36) se refiere, tiene el significado que ha dicho término le corresponde en el art. 35. Equivaldrá, pues, a la perpetua extinción de la relación del sujeto con el correspondiente cargo público. Las leyes administrativas regulan el efecto de la inhabilitación especial, conjuntamente al de la absoluta, en un sentido conforme al expuesto significado de la privación, en las disposiciones siguientes: artículos 37 d) y 50 número 4 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado así como los 66 y 71 del Reglamento de Funcionarios de Administración Local" ("Comentarios..." cit., T.II, pg. 171).

(1.556) "Inhabilitaciones..." cit., pgs. 177-178.

(1.557) Ob. cit., pg. 214.

A) Respecto al término privación:

1ª) Que "la palabra 'privación' no encierra necesariamente un efecto ilimitado en el tiempo, antes al contrario, la nueva pena de privación del permiso de conducción se nos presenta como temporal". 2ª) Que partiendo de la base de que "la privación definitiva es una excepción restringida a casos muy particulares", debe advertirse que cuando "el momento legislador... ha querido que la pena misma tuviera como nota esencial ese caracter perpetuo", no ha empleado el término "privación", sino que "ha utilizado un vocablo distinto, el de 'anulación'..., así, por ejemplo, en la Ley de 24 de diciembre de 1952 sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor". 3ª) Que el parr. 2ª del propio art. 35, párrafo del que no puede dudarse que implica una duración limitada, sin embargo, emplea también el término "privación", lo que "ratifica lo ya dicho".

B) Respecto al argumento de la ausencia en el nº 1ª, art. 35 de la frase de limitación temporal presente en los núms. 2ª y 3ª: 1ª) Con caracter general, que "la defectuosa redacción del articulado sobre la materia no permite soluciones tan sencillas". 2ª) Que en el Código de 1870 se preveían las penas de inhabilitación absoluta perpetua, en el art. 32, inhabilitación absoluta temporal, en el art. 33, estando su primer efecto (párrs. primeros de ambos artículos) descrito en idénticos términos, lo que no bastó a la doctrina de la época para entender "que la nota de perpetuidad correspondía a la inhabilitación absoluta perpetua, pero no a la inhabilitación absoluta temporal". 3ª) Que, en conexión con lo anterior, debe recordar-

se que el actual art. 35 C.p. procede no del art. 32 del C.p. de 1870, sino del 33.

- C) Respecto de la coherencia interna de la norma del art. 35: 1ª) "Carecería de sentido privar definitivamente de algunos honores cuya nueva obtención al amparo del parr. 3ª sería de hecho tan automático como la extinción de la privación misma por el transcurso del tiempo de la condena". 2ª) El nª 3ª habla de "la incapacidad para obtener los honores, cargos y derechos mencionados en el nª 1ª, igualmente por el tiempo de la condena", lo que plantea la duda de si el adverbio "igualmente" se refiere al nª 2ª, donde se emplea la fórmula "durante el tiempo de la condena", "o se refiere más bien a que la privación de los honores, cargos y derechos mencionados en el nª 1ª tiene idéntica duración temporal".

- D) Respecto a leyes extrapenales:

Que el art. 66, 3 del Reglamento de Funcionarios de Administración local confirma la anterior interpretación, puesto que señala la posibilidad de rehabilitar al funcionario, y reintegrarlo en el escalafón, que ha visto extinguido su relación de empleo con la Administración por, entre otras causas, imposición de pena de inhabilitación absoluta o especial. "Sin que quepa -dice MANZANARES- alegar contra este argumento otros preceptos administrativos más severos, ya que la Administración no puede pronunciarse contra el alcance legal de la pena, pero es muy libre de terminar internamente a su arbitrio

las consecuencias de una condena penal, bien privativa de derecho, bien de otra clase" (1.558), postura exactamente contraria a la de CORDOBA.

2. Toma de postura sobre el anterior problema. Argumentos

En mi opinión la opción debe decantarse del lado de la temporalidad. A las razones aportadas por MANZANARES (algunas de ellas, debe reconocerse, extremadamente débiles), pueden añadirse otras.

- A) En primer término, frente a cualquier interpretación que quiera darse a la palabra privación o a la congruencia de los números del art. 35, está la

(1.558) Por lo que a la inhabilitación especial para cargo público se refiere, MANZANARES es también expreso partidario de la temporalidad de su primer efecto, en su opinión, "sencillo resulta reproducir aquí el argumento que nos sirvió en el examen de la inhabilitación absoluta para defender el carácter temporal de la privación", y, en este sentido, sobre la aportación de datos concluye que "no hay duda de que históricamente la inhabilitación que ha llegado a nuestros días es la temporal y, en consecuencia, constituyendo su esencia la privación del derecho y no la incapacidad para obtenerlo -puro complemento de la privación- repugna la idea de una pérdida definitiva"; a este argumento añade el de "que tal evolución se extiende por todo el sistema punitivo, reacio al mantenimiento de penas globales o ilimitadas en el tiempo", aduciendo la desaparición de "la muerte civil", "La confiscación" y "la privación perpetua de libertad" ("Inhabilitaciones..." cit. pg. 184).

declaración del art. 30, que es terminante, respecto a la duración de las inhabilitaciones.

- B) En segundo lugar, que procediendo el art. 35 del 33 del C.p. de 1932, y siendo propósito expreso de este último código (V., E. de M.) la supresión de las penas perpetuas, (1.559) situación que en absoluto fué autorizado modificar por la Ley de 19-VII-1944, ley que explícitamente limitaba su propósito "a lograr una nueva edición refundida y ligeramente modificada del Código penal de 1932", no puede concluirse que dicho art. 35 altere para nada la mentada desaparición de la perpetuidad de las penas, entrando, por tanto, en el ámbito de la refundición y no en el de la modificación. (1.560)

-
- (1.559) Esta supresión es anterior: en el c.p. de 1928 "desaparecen las penas perpetuas" (sic. E. de M. de este Código. Vid., además en este código, los arts. 108, párr. 4^a, que establece la duración, 115 que señala el momento en que se empieza a contar tal duración, y 123, que establece la posibilidad de rehabilitación para los inhabilitados de cualquier especie en los términos de los arts. 210 a 212 del propio código).
- (1.560) Según QUINTANO, "la perpetuidad de las inhabilitaciones, reconocida en el Código de 1870, mantenía de hecho una especie de muerte civil relativa, o, mejor, de "muerte política", perdurando este estado de cosas hasta que la reforma de 1.932 estableció la temporalidad de todas las penas susceptibles de cómputo cronológico". Y sigue diciendo: "Este ha sido también el criterio de la de 1944, aunque, en el intervalo de ambas reformas, la ley de Seguridad del Estado, de 1941, volvió al tradicional de la perpetuidad de las inhabilitaciones, en los casos de los arts. 29, 31, 32 y 64 de la propia ley. Derogada dicha ley, la cuestión de la perpetuidad de la inhabilitación, en cuanto pena, no puede considerarse posible" ("Comentarios..." cit., pg. 330.) Acepta el razonamiento, ROMERO, "Inhabilitación" cit., pg. 596. Más tarde QUINTANO insistirá: "El Código de 1932

- C) En tercer lugar, CORDOBA alega como confirmatorio de su tesis de que la "privación" es perpetua, el art. 50,4 de la LFCAE, en el que se señala que "la pena de inhabilitación especial para la carrera de funcionario o la absoluta para el ejercicio de funciones públicas, si una u otra fueran con

(1.560)...abolió el caracter de perpetuidad de la inhabilitación..." (pg. 331)).

A este respecto, conviene advertir que aunque la ley de 19-VII-1944 señala que "se recogerán en esta nueva edición, para ser incluidas en los lugares correspondientes, todas las leyes dictadas por el nuevo Estado en este orden legislativo, como son las relativas a seguridad del Estado (ley de 29 de marzo de 1941)..." ("Introducción" a la ley de la reforma), esta autorización se realiza en los siguientes términos: "... se insertarán las disposiciones legislativas dictadas con posterioridad a 1870 y en las que concurren estas dos condiciones: primera, que hayan sido establecidas o expresamente aceptadas por el Nuevo Estado; y segundo, que puedan ser incorporadas al texto sin alterar la unidad y armonía científica del citado Código" (art. 1ª de la ley de reforma). A la situación creada por la segunda de estas condiciones parece responder el hecho de que los artículos del C.p. que se corresponden con los de la Ley de Seguridad del Estado que establecían una inhabilitación perpetua (los 29, 31, 32 y 64 según QUINTANÓ), no permiten deducir el mantenimiento de dicha perpetuidad ni aún para específicos supuestos. En efecto, dicha correspondencia (V., CASTEJON, "Gene^{sis} y breve comentario.." cit., pgs. 112-115) es la siguiente: art. 29 LSE, art. 251, 1ª C.p.; art. 31 LSE, art. 251, 2ª C.p.; art. 32, 1ª LSE, art. 173, 2ª C.p.; art. 32, 2ª LSE, art. 175, 2ª C.p., art. 32, 3ª LSE, art. 173, 2ª C.p.; art. 64, LSE, art. 45, C.p., En el único caso de los anteriores en que el C.p. se refiere a inhabilitación (art. 45), lo deducible es precisamente la temporalidad de la pena (accesoria de "inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena"). Conviene tener tam^{bién} presente, por si cupiera alguna duda sobre la subsistencia independiente de aquellas normas de la LSE, que, según CASTEJON ("Ob. cit., pgs. 112-112), el art. 604 del C.p. de 1944" contiene dos fórmulas de derogación: la total y absoluta del

caracter perpetuo, determinaré la baja definitiva del funcionario en el servicio...". Parece, pues, que fijándonos en la implicación de "baja definitiva del funcionario en el servicio", efectivamente se confirma la opinión del autor citado, sin más que aclarar (1.561) que la referencia a "si una u otra fueran con carácter perpetuo" (lo que parece implicar que para la LFCAE a más de las de este carácter existen otras temporales), responde a "una razón histórica". Ahora bien, aceptando que este artículo se refiere a las inhabilitaciones absolutas y especial para cargo público pese a los términos extraños a la ley penal que emplea, entiendo, sin embargo, que puede objetarse el hecho de que se traído como confirmatorio de la perpetuidad de la "privación" a que se refieren esas penas.

(1.560)...Código de 1932, y la condicionada de otros preceptos incorporados al Código de 1944. Esta derogación condicionada produce estos efectos: 1º hace inaplicables, como carentes de vigor, aquellos preceptos de leyes penales especiales que se hayan incorporados total o parcialmente al Código de 1944, porque si la incorporación fué total, rige el precepto posterior, y si la incorporación fué parcial, se ha de entender que el legislador abandonó la parte no incorporada que, por tanto, perdió vigencia". En consecuencia, en ningún momento desde el C.p. de 1944 han tenido existencia legal penas perpetuas de inhabilitación.

(1.561) Como así lo hace el mismo: ob. cit., pg. 168, n.2.

En efecto:

El art. 50 de la LFCAE se inscribe en la Sección V, "Suspensión de funciones", del Capítulo IV, "Situaciones", del Título III de dicha ley. Tales "situaciones" son aquellas en que "los funcionarios pueden hallarse", según dice el art. 40 que abre el Capítulo, y que, en general, señala este art. 40: " a) Servicio activo. b) Excedencia en sus diversas modalidades. c) Supernumerario, y d) Suspensión".

Se parte, pues, de que estamos ante un funcionario en una de esas situaciones: la de suspensión.

Pero, adviertase que el condenado a penas de inhabilitación absoluta o especial para cargo público pierde la condición de funcionario, puesto que según el art. 37,1 de la propia LFCAE "la condición de funcionario se pierde en virtud de alguna de las causas siguientes... d) Pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para cargo público".

Luego, en principio, el condenado a estas penas, cuando se ejecutan, no está en ninguna de las "situaciones" mencionadas, precisamente porque ya no es funcionario.

No obstante, teniendo en cuenta que la suspensión consiste en que el funcionario afectado por ella quede "privado temporalmente del ejercicio de sus funciones y de los derechos y prerrogativas anejas a su condición de funcionario" (art. 47 LFCAE), podría suceder que un ex funcionario ("ex" por razón de imposición de una pena de inhabilitación absoluta o especial para cargo público) ejerciera las

funciones propias de su condición anterior en base a un vínculo con la Administración pública distinto del funcionarial que perdió, es decir, en razón a un contrato administrativo, civil o laboral con aquella (1.562). Una mínima congruencia exige que, siendo las inhabilitaciones penas más graves que las suspensiones, se sitúe el inhabilitado en peor situación que al suspenso, y no al contrario.

De aquí que la ley penal intente ese propósito a través del n.º 3.º del art. 35 y el 2.º del 36:

Por la inhabilitación absoluta el penado no sólo se verá privado de los cargos y empleos que tuviere (efecto del n.º 1.º del art. 35), sino incapacitado para volver a obtenerlos según determina el n.º 3.º del art. 35. Número que debe interpretarse no en el sentido de que el penado no puede, hasta el fin de la duración de la pena, readquirir sus cargos y empleos, sino en el de incapacidad para desempeñar las funciones que implican, puesto que el n.º 1.º por sí solo deshace la posibilidad de que el privado de los cargos y empleos que tuviere vuelva a obtener ese cargo durante el tiempo de la condena. (1.563)

(1.562) Sería el caso, por ejemplo, de un catedrático que, perdida su condición de funcionario por haberle sido impuesta pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para cargo público, fuera contratado para desempeñar la misma cátedra por otra Universidad.

(1.563) Ya que, de otra manera, limitaría su efecto a que el penado volviera a sufrir las pruebas de acceso al cargo o a solicitar el empleo; lo que contradiría la duración de la pena señalada en el art. 30 y concretada por la sentencia. En este sentido,

De igual modo, por la inhabilitación especial para cargo público, el penado no sólo se verá privado del cargo o empleo sobre que recayere (efecto del n.º 1.º del art. 36), sino incapacitado para obtener otros análogos durante-el tiempo de la condena, según el n.º 2.º del art. 36.

Ahora bien, en el texto punitivo existe una importante laguna: en el n.º 3.º del art. 35 no se incapacita para obtener "empleos", por lo que el privado de los cargos y empleos que tuviera, teóricamente estaría incapacitado para desempeñar similar trabajo a través de un distinto modo de "empleo", lo que no ocurre, en cambio, a través de la fórmula del n.º 2.º del art. 36 respecto al n.º 1.º.

Pero, ésta, o cualquier otra contingencia similar, queda solucionada a través del art. 50 LFCAE. Que lo hace de la siguiente manera:

En su n.º 1.º señala que se trata de suspensiones no provisionales, sino firmes, que tendrán tal carácter cuando se impongan bien por una condena criminal o bien por una sanción disciplinaria.

(1.563) ...además respecto a un cargo funcional en sentido administrativo debe tenerse presente que para volver a obtener la condición de funcionario, sería menester hacerlo, según el art. 36 LFCAE, "por el cumplimiento sucesivo de los siguientes requisitos: a) Superar las pruebas de selección y, en su caso, los cursos de formación que sean procedentes...", pero resulta que el art. 30,1 de la propia ley preceptúa que "para ser admitido a las pruebas selectivas previas al ingreso en la Administración. será necesario: e) no hallarse inhabilitado para el ejercicio de las funciones públicas".

En el n° 2° indica en que se materializa la suspensión: en "la pérdida del puesto de trabajo, cuya provisión se realizará según las normas generales de esta Ley"; no implica, pues, la pérdida de la condición de funcionario, sino del puesto de trabajo.

El n° 3° es de capital importancia para el efecto de que estoy tratando, puesto que se dedica a señalar como se impone la suspensión por condena criminal, y señala 2 maneras: 1°) "como pena", lo que implica una remisión al art. 38 del C.p. y 2°) que es la que aquí importa, "por consecuencia de la inhabilitación para el ejercicio de cargos y funciones públicas, con el carácter de principal ó accesoria, en los términos de la sentencia en que fuera acordada"; dicho en otro término, la inhabilitación absoluta o la especial para cargo público implican la suspensión firme para los cargos y empleos que tuviere el penado (1a.) o la suspensión firme respecto del cargo o empleo de que se ha privado al penado (1a 2a.).

El n° 4 lo único que señala es que las inhabilitaciones absolutas y especiales para cargo público perpetuas implican una suspensión firme perpetua. De ello no puede en absoluto deducirse que para la LFCAE la inhabilitación absoluta y la especial para cargo público supongan un perpetuo efecto de privación de los cargos y empleos a que estas penas se refiere; especialmente si tenemos en cuenta la reproducida remisión del n° 3 del art. 50 a los "términos de la sentencia en que fuera acordada" la respectiva inhabilitación, con la que nada se prejuzga.

En el art. 50,4 efectivamente opera una "razón histórica": la de que en un tiempo hubo inhabilitación perpetuas y temporales, y se refiere a las primeras; desaparecidas éstas en el C.p., ese número de ese artículo queda como una reminiscencia histórica de imposible aplicación actual por inexistencia de los supuestos a que se refiere.

Cuando la propia LFCAE, ya realmente, se dedica a la duración que puede tener la pérdida de la condición de funcionario tampoco resuelve la cuestión en favor de la perpetuidad. En efecto: El art. 37 enumera las causas en virtud de las cuales se pierde esa condición y, entre ellas, señala las inhabilitaciones de referencia. Pero, el art. 38 aclara algunos puntos concernientes a las causas enumeradas en el nº 1 del art. 37; de las 4 que en éste último se contienen, únicamente de las inhabilitaciones no dice nada y, en cambio, si preceptúa que "la pérdida de la condición de funcionario por separación del servicio tiene caracter definitivo". A contrario sensu de la omisión del art. 38, hay que entender que o se inclina por la temporalidad o remite a la ley penal. Por lo que será en ésta, y no en la LFCAE, donde habrá que determinar la perpetuidad o temporalidad de los efectos de esas penas. Y las razones hasta aquí traídas en relación al C.p. aconsejan inclinarse por la segunda parte de la opción.

- D) En cuarto lugar, decide también en favor de la temporalidad de estas penas, no ya la posibilidad, sino la necesidad de rehabilitación tras su cumplimiento.

a) Cuando hablo de rehabilitación no me refiero al alcance que alguna doctrina de al término con arreglo al art. 118 C.p., conforme al cual los efectos de la rehabilitación "se reducen a la evidencia de las sanciones que fueron impuestas, esto es, a la constancia de los antecedentes penales" (1.564), sino que aludo a lo que "equivale rigurosamente": "a reponer a un penado... en situación jurídica y social que origina la desaparición de los efectos de la pena".(1.565) Concepto en el que se abarca, entre otras cosas, el efecto primeramente aludido.

b) Dos son las posturas que se han adoptado en doctrina, respectos a la rehabilitación referida a las penas de inhabilitación (1.566).

(1.564) DEL TORO, "Comentarios..." cit., T.II, pg. 708.

(1.565) DEL TORO, "Comentarios..." cit., T.II, pgs.707-708. Atendiendo al significado en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, "rehabilitar" es "habilitar de nuevo o restituir a una persona o cosa en su antiguo estado", "concepto gramatical que coincide plenamente con el jurídico", según CAMARGO, "La Rehabilitación. Historia, Doctrina, Derecho extranjero y español y un Apéndice conteniendo las leyes, Decretos y Ordenes dictas sobre la materia", Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1960, pg. 21.

(1.566) Sin matizar ni argumentar, está a favor de la admisión de la rehabilitación, ROMERO, "Inhabilitación" cit., pg. 600.

Para CAMARGO, "de la simple lectura del art. 118 de nuestro Código penal, parece deducirse que los efectos de la rehabilitación quedan reducidos simplemente a la cancelación de antecedentes penales; pero,...a nuestro parecer, estos se extienden a la anulación de todos los que pudiera producir la condena impuesta, como ya declaró el Código de 1928 en su artículo 210" (1567). En concreta referencia a las penas que aquí nos ocupan, entiende que el criterio mantenido por la Ley de 23-XI-1940, en el sentido de que "Los reos que por su conducta en relación con el Movimiento hubieran sido condenados por los Tribunales Militares a inhabilitación como pena principal, cuyo término de duración máxima sea la de doce años y un día, podrán solicitar la rehabilitación" (art. 1 de la citada Ley), rehabilitación que abarcaba la "reinclusión en la escala a que el rehabilitado pertenecía" (art. 3 de la misma Ley), "tiene perfecta aplicación a los condenados por delitos comunes y rehabilitados de acuerdo con lo dispuesto en el art. 118 del vigente C.p. (1.568)

Apoya esta opinión en dos argumentos:

El primero, la E. de M. de la L. de 23-XI-1940, según el cual: "la pena de inhabilitación, al ser impuesta como principal, tiene un límite de duración, marcado en cada sentencia y, no obstante, su

(1.567) "La rehabilitación..." cit., pg. 107.

(1.568) Ob. cit., pg. 109.

término de cumplimiento, resulta prácticamente perpetua cuando ha sido aplicada a quien las disposiciones orgánicas de la Carrera a la que pertenece, determinan en tales casos la pérdida de la misma. A evitarlo tiende la presente Ley...."(1.569)

El segundo argumento es el siguiente: "Haciendo uso de la interpretación lógica, llegamos al mismo resultado. La rúbrica que encabeza el Título V del libro I del C.p., dice así: "De la extinción de la responsabilidad y de sus efectos", y dicho título se divide en dos capítulos: el primero, que trata "de las causas que extinguen la responsabilidad" y el segundo, que se ocupa "de la rehabilitación". Luego, lógicamente, si en el primero se determinan las causas que extinguen la responsabilidad penal, en el segundo se determinará la que extingue las consecuencias de dicha responsabilidad, que es la rehabilitación. De haber sido otra la intención del legislador, la rúbrica del Título V habría sido: "De la extinción de la responsabilidad y de la cancelación de antecedentes penales" y la del capítulo II de dicho título, en lugar de la "de la rehabilita-

(1.569) El criterio que comporta el texto reproducido, que no necesita ser subrayado, se ve corroborado por el D. de 30-III-944, por el que se atribuye a la competencia de la Comisión de Penas Accesorias la aplicación de los beneficios que otorga la Ley de 23 de noviembre de 1940, es decir, referido a la rehabilitación, en los términos de dicha ley, en casos de imposición de penas de inhabilitación cuando fueran accesorias. Más claramente todavía la O. de 12-III-1946, sobre readmisión al servicio del Estado de los funcionarios condenados por delitos derivados de la rebelión, dice: "Excmo.Sr.: Formuladas algunas consultas, sobre si los funcionarios condenados por Tribunal Militar como autores de delitos derivados de la rebelión, a la accesoria de inhabilitación por todo el tiempo de la pena principal, pueden ser readmitidos al ser

ción", la "de cancelación de los antecedentes penales" (1.570).

DEL TORO, por su parte, entiende que el "concepto exacto" de rehabilitación es el de "la reintegración al afligido de ciertos bienes morales y materiales que le fueron arrebatados por la pena", pese a lo cual cree que "no es hoy posible a tenor del art. 118, albergar en la rehabilitación efectos más amplios que los propios de la cancelación de antecedentes", que es lo que, en su opinión, "hace, por ejemplo, Camargo al intentar amparar, en el art. 118, por razones de equidad muy estimables, los supuestos de inhabilitación por delitos comunes cuando tal pena acarrea, dentro del estatuto orgánico profesional del afectado, la separación definitiva". (1.571)

(1.569) ...vicio del Estado cuando este haya sido remitida total o parcialmente. Esta Presidencia se ha servido disponer con caracter general, que las órdenes de remisión dictadas a propuesta de la Comisión de Penas Accesorias no autorizan la readmisión de los interesados, al servicio del Estado ni a que puedan ocupar cargos públicos, aún cuando no haya impedimento para ello derivado del expediente administrativo de depuración, hasta tanto no haya transcurrido el período de tiempo fijado por la sentencia para la pena principal a que fueron condenados; y que, caso de que por algún Departamento Ministerial hubiese sido readmitido al servicio del Estado algún funcionario en estas condiciones, deberá proceder a la remoción de la disposición correspondiente".

(1.570) Ob. Cit., pgs. 109-110; los subrayados y entrecomillados en el original.

(1.571) Ob. cit., pg. 708 y n.5 de esta página. VIADA estimaba innecesaria la rehabilitación de los inhabilitados temporalmente, porque esta pena limita sus efectos "al tiempo de la condena", "luego, es obvio que cumplida esta, cese la inhabilitación y con ella todos sus efectos" (C.p...cit., T.I, pg. 426).

c) Tiene y no tiene razón DEL TORO, a mi entender.

Tiene razón porque, efectivamente, el art. 118 no posee más alcance que la cancelación de antecedentes penales.

Pero la rehabilitación no es solamente el art. 118; abarcando la cancelación de antecedentes, comprende más. En esto no tiene razón el autor citado. El Código, bajo la rúbrica "de la rehabilitación", solamente ha regulado uno de sus efectos. Lo que no quiere decir que no posea más (1.572), precisamente los más obvios: volver a habilitar para aquello de lo que se ha inhabilitado. Como demuestran las disposiciones administrativo-penales a que se ha hecho referencia, que explicitaban la cuestión respecto de unos casos y en unos momentos en que a nadie sorprende que surgieran dudas.

(1.572) Esta manera de proceder no es extraña al Código. También puede encontrarse en otros lugares. Así, por ejemplo, el Capítulo II del Título I, del Libro I, lleva por rúbrica "De las circunstancias que eximen de la responsabilidad criminal"; de lo que podría deducirse que en este lugar, en su único art. (el 8), se catalogan cerradamente todas las posibles eximentes; pero, esta sería una deducción errónea, pues "el "catálogo" del art. 8º no es completo, porque, al no definir la ley el dolo y la culpa, la teoría entera del error y sus efectos ha de ser elaborada por la interpretación, de la que se obtienen otras causas de exclusión de la responsabilidad no mencionadas expresamente en el repetido art. 8º" (RODRIGUEZ DEVEZA, "Parge General" cit., pg. 424).

A más de estas disposiciones, otras razones abonan tal conclusión. Así:

Si ciertamente, como resalta el propio DEL TORO, en base al párrafo penúltimo del art. 118, una vez cancelada la inscripción de antecedentes, "no se certificará la condena rehabilitada si la petición de información proviene de -autoridad u organismo distinto de Jueces y Tribunales. Ni siquiera a estos si no fuere en méritos de causa criminal. Y tampoco en este último supuesto si la finalidad fuere otra que la de apreciar la reincidencia o reiteración," (1.573) ¿Qué posibilidades tiene la Administración de oponerse a una solicitud de rehabilitación o de reingreso en el mismo puesto del que fue inhabilitado, cuando éste goza "del derecho de oponerse a que sus antecedentes cancelados ... sean tomados en consideración a otros efectos" (1.574) que los de apreciar la reincidencia o reiteración en causa criminal por Jueces y Tribunales?. O, visto de otro modo, ¿continúa la pena produciendo efectos (puesto que es, en parte, perpetua) cuando incluso ha desaparecido toda constancia de que dicha pena le ha sido impuesta?.

Al reingreso en la Administración del Estado no se opone la normación administrativa, que indica que "para ser admitido a las pruebas selectivas previas al ingreso en la Administración será necesarioe)...no hallarse inhabilitado para el ejercicio de las funciones públicas" (art. 30,1,LFCAE),

(1.573) Ob. cit., pg. 720; los subrayados son míos.

(1.574) DEL TORO, Ob. cit., pg. 720.

esto es, a contrario sensu, que el que fué inhabilitado pero no se halla en la actualidad en esta situación, debe ser admitido a las pruebas de ingreso.

A la rehabilitación no se puede oponer que se ha perdido la condición de funcionario: Como ya he señalado antes, del juego de los arts. 37 y 38 de la LFCAE se deduce que la única causa de pérdida definitiva de dicha condición es la sanción disciplinaria de separación del servicio. La inhabilitación sólo implica una pérdida temporal de la condición de funcionario.

d) Ello no supone una parificación de inhabilitación y suspensión. La diferencia fundamental entre ambas, cuando de funcionarios se trata, reside precisamente en que mientras la segunda sólo abarca las temporales pérdidas del puesto de trabajo, de la posibilidad de ejercer las funciones propias del mismo y de los derechos inherentes a la condición de funcionario (art. 50, 2 y 6 LFCAE), la inhabilitación supone todo lo anterior (art. 50, 3 LFCAE) más la temporal pérdida de la condición de funcionario. El suspenso nunca deja de ser funcionario (la suspensión es una "situación" del funcionario), como lo prueba el hecho de que el reingreso en el servicio activo se verifica por el cauce normal previsto en el art. 51 LFCAE. Por el contrario, el inhabilitado deja durante el último tiempo de la condena de ser funcionario (art. 37, I, d. LFCAE). La rehabilitación es justamente el mecanismo (innecesario a este respecto tras la suspensión) en virtud del cual el inhabilitado readquiere la condición de funcionario y el puesto de trabajo.

(1.575)

(1.575) La "baja definitiva en el servicio" por causa de inhabilitación, solo se produce cuando esta pena

e) Un mecanismo que no es superfluo, por-
que la rehabilitación no puede suponer en todo
caso la recuperación del cargo o de exactamente el
mismo cargo, perdido por su causa. Ni el Director
General que dejó de serlo como consecuencia de la
pena que se le impuso por delito de prevaricación,
ni el Jefe de Sección en una Delegación ministerial
en cierta provincia que perdió, por la misma causa,
el puesto que ocupaba y que fué cubierto durante
el tiempo de vacancia, tienen, trás el cumplimien-
to de la inhabilitación, un derecho a esos cargos.
Lo que no quiere decir que ni pueden ya nunca ser
funcionarios (si antes lo eran) ni que jamás pue-
dan volver a dichos cargos: pues no han sido perpe-
tuamente "privados" ni de lo uno ni de lo otro.

Dicho de otra manera, ¿ es inelegible, por ejem-
plo, para concejal la persona que fué inhabilitada
en este cargo, trás el cumplimiento de la pena?.
De la Ley de Bases del Estatuto de Régimen Local
(L. 41-1975 de 19 de noviembre), no se deduce la
afirmativa, sino todo lo contrario: La Base Cuarta,
Siete, a, dice: "Están incapacitados para ser Con-
cejales y, en consecuencia, no podrán ser procla-
mados candidatos: a) Quienes por sentencia firme
hubieran sido sancionados a privación o restric-

(1.575) ...sea "perpetua" (art. 50,4 LFCAE), luego, a
contrario, no cuando sea temporal.

ción de libertad, inhabilitación o suspensión para cargos públicos derecho de sufragio o ejercicio de profesión u oficio e interdicción civil, mientras no hayan sido rehabilitados".

El hecho obvio de que la inhabilitación absoluta o especial para cargo público (como a suspensión para cargo público) no sólo pueden ser penados los funcionarios, sino los que ostenten un cargo (sean o no funcionarios de carrera) situa estas penas en su dimensión exacta.

A lo que se dirigen es a "privar" temporalmente de los cargos, en la inhabilitación absoluta, o del cargo, en la especial para cargo público (o de su ejercicio, en la suspensión), a quienes al cometer el delito correspondiente lo(s) ostentase(n).

De ello puede derivar, caso de que el penado además de ostentar el (los) cargo (s) fuese funcionario, la temporal pérdida de la condición de funcionario (o las consecuencias señaladas para el funcionario suspenso). Lo que, como es elemental, no será así en el supuesto del penado no funcionario.

La rehabilitación, en consecuencia, tendrá un alcance diverso según se trate de uno u otro supuesto: para el penado funcionario, supondrá en todo caso la devolución de su condición de tal y en el nivel correspondiente (lo que en la suspensión es innecesario, pues el funcionario penado a ella nunca perdió en su virtud su condición de tal). Para los penados funcionarios y no funcionarios, supondrá la devolución de la condición de poder volver a adquirir el cargo que perdió, del

que en este sentido, no ha sido perpetuamente privado. Esta posibilidad de readquisición del cargo, puede en unos casos materializarse inmediatamente por efecto de la rehabilitación (por ejemplo, en el supuesto del Jefe de Sección, caso de haber vacante), o puede quedar en mera expectativa de futuro (por ejemplo, en los supuestos del Director Genral y del Concejal) (1.576).

Efectivamente, puede suceder que no se les regrese al cargo de que fueron "privados" por efecto de la pena. Pero ¿puede afirmarse igualmente que nunca podrán regresar al mismo?. A mi entender, no. Y si la persona que fue concejal, y que perdió el cargo por causa de inhabilitación, y que más tarde fué rehabilitado, resulta seguidamente (trás un lapso más o menos largo de tiempo entre una y otra cosa) nuevamente elegido para ese cargo y puede ocuparlo y desempeñarlo según se ha visto, ¿puede

(1.576) Diferentemente, el suspenso, exclusivamente privado del ejercicio del cargo, pero no de éste, recobrará, pues, por efecto de la rehabilitación, no el cargo (que nunca perdió) sino su ejercicio: volverá a ejercer el cargo. Ahora bien, puede suceder que, bien por el transcurso del tiempo en un cargo temporal (por ejemplo, un Director del Departamento en una Facultad), o bien por la absoluta necesidad de que el cargo este desempeñado en titularidad (por ej., Director General en un Ministerio), puede suceder, digo, que al momento de la rehabilitación el cargo se haya provisto con otra persona, lo que parificará, en este aspecto, suspensión e inhabilitación. No sigue este sistema, a mi entender incorrectamente, el art. 51 LFCAE.

decirse que ha sido perpetuamente privado del mismo?. En mi opinión sólo un absurdo formalismo puede llevar a la afirmativa.

3. Conclusión: La temporalidad, en todos sus efectos, de la inhabilitación especial del art. 358 C.p.

En conclusión: de todo lo que llevo dicho se desprende que puede mantenerse que la privación a que se refieren los números primeros de los arts. 35 y 36 del C.p., no es perpetua sino temporal, con la duración que delimita el art. 30 (o, en su caso, los 45 y 46 para la inhabilitación absoluta como accesoria) y que se determina en la sentencia. La pena de inhabilitación especial para cargo público con que se castiga el delito de prevaricación del art. 358 C.p. es temporal, no perpetua, en todos sus efectos.

III. LA IGUALDAD DE PENAS EN LOS DOS PARRAFOS DEL ART. 358
C.P.

1. Planteamiento del problema en la doctrina.

En el panorama, evidentemente pobre, de la doctrina sobre el delito de prevariación del art. 358 C.p, resalta la cierta regularidad con que han venido advirtiéndolo los autores (desde la introducción en 1870 del, con mínimas modificaciones, actual párrafo 2º del citado artículo) lo insatisfactorio que resulta el hecho de que la pena sea la misma en ambos párrafos de la norma en estudio.

Así, ESCRICHE en 1876 (1.577), GROIZARD en 1912, (1.578), TEJERA en 1926 (1.579), LOPEZ-REY y ALVAREZ

-
- (1.577) Voz "Prevaricato" en "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia", T. 4º y último, cit., pg. 665: "no se comprende que se castigue al que ejecuta estos hechos por ignorancia o negligencia inexcusables, con igual pena que al que procede a sabiendas, separándose en esto el legislador de lo prescrito en los art. 366 y 365 (actuales 355 y 354)".
- (1.578) "El C.p. de 1870..." cit., T.IV, pg. 135: "Tampoco nos parece bien que sea la misma pena en el uno que en el otro caso. Bien está la inhabilitación temporal especial en su grado máximo a inhabilitación perpetua especial para cargo público para el primero: pero para el segundo nosotros hubieramos señalado una pena análoga, aunque menos graduada". Antes, en el mismo T., 1ª ed., 1891, pg. 113, literalmente lo mismo.
- (1.579) "La prevariación" cit., pg. 237: "La pena... (aunque) está bien señalada... es asombroso que sea la misma del delito doloso; es inaudito que a ambos hechos se les haya medido con el mismo cartabón".

VALDES en 1933 (1.580), ó QUINTANO en 1963 (1.581)

De otra parte, en doctrina general se subraya poderosamente la exigencia de castigar "con mayor severidad

(1.580) Manuel LOPEZ-REY y ARROYO y Felix ALAVAREZ-VALDES, "El Nuevo Código Penal...", cit., pg. 325: "...en los arts. 363 y 365 (actuales 358 y 360), en los que, contraviniendo la regla general que sienta el art. 558 (actual 565), castiga con la misma pena la prevaricación dolosa y la culposa. Esta igualdad fué realizada por el legislador de 1870, ya que en el Código de 1850 no existía dicha equiparación. La razón, al decir de VIADA cuando comenta el viejo art. 366 (hoy 360 (actual 355)), es que tratándose de un funcionario de la Administración de Justicia, de cuyas resoluciones pende la fortuna, la honra, libertad y hasta la vida del ciudadano, no era mucho exigirle estas contingencias y celo, que son prenda segura del buen acierto". La observación respecto a VIADA es completamente errónea: efectivamente, este autor dice literalmente lo que se le adjudica (V. "Código Penal reformado de 1870" cit. T.II., pg. 433), más no para justificar la parificación de penas en el entonces art. 369 (363 en el C.p. de 1932, actual 358), sino alabando la introducción en 1870 del entonces art. 366 (360 en 1932 actual 355), es decir, la versión por "culpa lata próximo al dolo" (Sic., VIADA, ob. y pg. cit.) de la prevaricación judicial, que desde el primer momento se castigó más levemente que las versiones dolosas de la misma figura delictiva. ¡Claro que en 1850 "no existía dicha equiparación": como que lo que no existían en ese Código eran las prevaricaciones judiciales y administrativa por negligencia o ignorancia inexcusable!.

(1.581) "Curso..." cit., T.II, pg. 558: en los dos párrafos del art. 358 la pena es la misma, la inhabilitación especial, constituyendo una de las escasas excepciones al principio, generalmente respetado, de castigar con mayor benignidad las infracciones culposas que las dolosas".

-o únicamente- la lesión dolosa de un bien jurídico que la culposa de un mismo bien" (1.582), en base a un conjunto de razones que, por conocidas y mejor expuestas de lo que aquí pudiera pretender, huelga repetir (1.583).

Por último, el análisis concreto de la legislación positiva permite afirmar que "para el C.p. español la culpabilidad constituye el fundamento y medida de la pena"; lo que se materializa en una gene

-
- (1.582) GIMBERNAT, "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?", en "Estudios de Derecho penal" cit., pg. 70, en "Problemas actuales de Derecho Penal y Procesal" cit., pgs. 98-99.
- (1.583) Las conclusiones común aún partiendo de una concepción de la norma y/o de la pena diferente. Así, por ejemplo, de un lado, GIMBERNAT, "¿Tiene un futuro...?" cit., en "Estudios..." cit., pgs. 70-78 y en "Problemas actuales..." cit., pgs. 98-105, y, de otro, RODRIGUEZ MURILLO, "Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad", Separata de la "RGLJ", diciembre de 1965, pgs. 9 y sgs., JORGE, "Las medidas de seguridad en el Derecho español. Un estudio de la LPRS de 1970 y de la doctrina de la Sala de Apelación de peligrosidad", Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1976, pgs. 79-82, CORDOBA, "Culpabilidad y pena", Barcelona, Bosch Casa Editorial, S.A., 1977, pg. 20 ó BAJO, "Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma", en "Estudios Penales I" por A. Fernández Aíbor y otros, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1977, pgs. 38 y sgs..

ral obediencia de sus preceptos al principio "de que a menor culpabilidad corresponde menor pena" (1.584).

Consecuentemente, el proceder del art. 358 C.p. al sancionar con pena igual la versión culposa que la dolosa del delito de prevaricación que contiene, merece, en principio, considerarse como una excepción de ese principio dominante en el texto legal; excepción cuyo fundamento no aparece claro.

2. La explicación del mayor daño.

Pudiera pensarse que tal fundamento deriva de otro principio general adoptado por el Código a la hora de basar la medición de la pena: "que a menor daño debe imponerse pena más leve" (1.585).

Donde mejor se comprueba la vigencia de este principio en la Parte Especial del Código es en los delitos de lesiones y delitos contra la propiedad (1.586), en los que a la menor cantidad de la lesión o a la menor cuantía de, por ejemplo, lo hurtado, conecta el Código menor pena.

(1.584) CASABO, "Comentarios..." cit., T.II, pg.11-12. Sobre la viabilidad del principio de que la pena ha de ajustarse a la medida de la culpabilidad y como se "utiliza" en ocasiones en el C.p., V., QUINTERO, "Represión penal..." cit., pgs. 121-129.

(1.585) CASABO, "Comentarios..." cit., T.II, pgs.11-12; Corroboración la idea de que el Código atiende primordialmente a ambos principios para determinar la pena, MIR, "Introducción..." cit., pg.92 y CORDOBA, "Culpabilidad y pena" cit., pg. 54.

(1.586) Cfr., CASABO, "Comentarios..." cit., T.II, pg.13.

Paralelamente, si el párrafo segundo del art. 358 prevé el dictado de "resolución manifiestamente injusta", mientras que el primer párrafo se refiere a la mera "resolución injusta", debiera corresponder mayor pena al supuesto de mayor daño que contempla el párrafo segundo. La lógica, entonces, sería: si por mayor daño corresponde mayor pena y por menor culpabilidad pena menor (párrafo 2º), ambos datos se contrarestan y aconsejan determinar una pena igual a la del supuesto de mayor culpabilidad pero menor daño (párr.1º).

Pero tal lógica es aparente, porque la construcción en que se basa es falsa: el párr. 1º al prever el dictado de "resolución injusta", admite la la "manifiestamente injusta", pues, de otra forma, ¿conforme al tipo de cual de los dos párrafos del art. 358 se califica la conducta del funcionario público que, a sabiendas, dicta resolución manifiestamente injusta en asunto administrativo?. La respuesta necesariamente tiene que ser que conforme al del párr. 1º Y, así, en este supuesto el párr. 1º contiene mayor culpabilidad e igual daño que el segundo y, sin embargo, la pena es idéntica en ambos.

B) Ahora bien, para toda la argumentación anterior se ha identificado "daño" con resultado. Pero ello no tiene porque ser así. En efecto, CASABO entiende por daño el "mal causado" (1.587). Y con

(1.587) "Comentarios..." cit., T.II, pg.12: "El texto punitivo español no sólo refiere la pena a la culpabilidad sino también al mal causado, por lo que a un daño menor le corresponde asimismo una pena menor".

respecto a este último indica que "de acuerdo con lo establecido en el párrafo séptimo del art. 8, por mal hay que entender la lesión, o puesta en peligro, de un bien jurídico o la infracción de un deber" (1.588). Es decir, lo identifica con "resultado" en sentido "de una puesta en peligro o lesión del bien jurídico (1.589).

Ciertamente, en sede de estado de necesidad, de su concreta regulación en el art. 8, 7ª del C.p., se entiende que conforme a esta norma el mal "estará integrado por el perjuicio para un bien jurídico, merecedor de un juicio desvalorativo", afirmación que se completa con la de que "tal perjuicio no precisa, sin embargo, constituir un resultado penalmente típico". (1.590)

(1.588) "Comentarios..."cit., T.II, pg. 12, n. 48.

(1.589) Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, "Derecho Penal, Parte General" cit., pg. 331 n. 20.

(1.590) CORDOBA, "Comentarios..." cit., T.I, pg. 276; el subrayado en el original. De igual manera, en cierto sentido, que para esta materia del estado de necesidad, tampoco a la hora de determinar la pena sobre la base del perjuicio para el bien jurídico, este "perjuicio" se manifiesta siempre a través del resultado: no ocurre así, por ejemplo, en los delitos de mera conducta, que, por definición, carecen de resultado y, sin embargo, también implican un ataque al bien jurídico sobre el que medir la pena. En conexión con ello, la distinción, aparentemente intelectual, entre "resultado típico" y "perjuicio del bien jurídico" patrocinada, por ejemplo, por JESCHECK, cobra relevancia material; según el autor alemán, "resultado significa la lesión o peligro del objeto de la acción espacio-temporalmente separada de la acción, mientras que la lesión del bien jurídico se refiere a la relación ideal entre la acción típica y el bien de la vida protegido por el precepto penal" ("Lehrbuch der Strafrechts, Allgemeiner Teil", 2 Auf., Berlin, Duncker & Humblot, 1972, pg.198). Esta relación puede construirse en todo caso, mientras que resulta no siempre existe.

Si se trasladan estas últimas consideraciones al tema que nos ocupa de los fundamentos de medición o determinación de la pena (y no parece que exista obstáculos a este traslado), lo que se obtiene es que uno de los dos pilares sobre los que el C.p., se apoya para verificar tal determinación, el del mal causado, quiere expresar que a mayor perjuicio para el bien jurídico que se considera, debe corresponder mayor pena, y a menor perjuicio, pena menor.

a) Ahora bien, en ocasiones la gravedad de dicho perjuicio se puede expresar a través de la graduación del resultado; como, por ejemplo, en las lesiones donde evidentemente la mayor o menor entidad de la lesión significa, respectivamente, el mayor o menor menoscabo de la salud o integridad corporal (bien jurídico protegido), de la misma manera que en el hurto la cuantía más o menos elevada de lo hurtado indica el mayor o menor deterioro de la propiedad (bien jurídico protegido) (1.591). Tal ocurre en delitos en que el bien jurídico con el que se relacionan admite una interna mensurabilidad, de manera que el ataque que suponen a dicho bien jurídico puede expresarse no sólo en términos de destrucción del mismo, sino también de menoscabo (1.592).

(1.591) Para una crítica al sistema seguido por el Código en esta materia, V. QUINTERO, "Represión penal..." cit., pgs. 102-103.

(1.592) En este sentido, tiene razón BARBERO cuando critica la opinión según la cual "delito de lesión es aquel en que el tipo del injusto incorpora la destrucción de un bien jurídico" (RODRIGUEZ DEVESA, "Parge General" cit., pg. 361), frente a la que estima, "que la mayoría de los delitos de lesión no exigen la destrucción, sino el simple menoscabo de un bien jurídico ("Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto". cit., pg. 488, n. 6).

Si esto es así, resulta claro que ese menoscabo puede tener, según el caso, mayor o menor entidad, en una escala que va de lo insignificante, cuya relevancia penal está por ello mismo, excluida (1.593), a lo que linda con la destrucción del bien jurídico de que se trate. Correspondiendo a ello una gama en la reacción penal que abarca desde la impunidad, hasta la más grave de las penas proporcionales a la figura de delito considerada.

b) Pero esta construcción no siempre puede darse. Ante bienes jurídicos cuya estructura no admite una interior división en grados, no cabe hipotetizar lesiones del mismo de gravedad ascendente. Solo puede pensarse en su destrucción o puesta en peligro. Y cuando el tipo no es de peligro (1.594), únicamente

(1.593) Conforme al denominado "principio de la insignificancia": V., ROXIN, "Política criminal..." cit., pg. 53.

(1.594) Obviamente, no sólo pueden existir tipos de peligro de destrucción de un bien jurídico, sino también de peligro de menoscabo de un bien jurídico en aquellos delitos referidos a bienes jurídicos que puedan sufrir mermas sin por ello resultar todavía destruidos (menoscabos). Intencionadamente dejo al margen de la consideración del texto, la problemática que a este respecto pueden presentar los tipos de peligros referidos a unos u otros bienes jurídicos. Sobre las posibilidades de basar la medida de la pena de los delitos de peligro, en el principio de la gravedad del peligro creado por el bien jurídico y los distintos problemas que ofrece este tema V., Vincenzo PATALANO, "Significato e limiti della dottrina del reato di pericolo", Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1975, pgs. 206-214.

la destrucción permite la reacción penal (1.595): A una persona se le puede privar de la vida o no, pero es imposible hablar de un menoscabo de su vida de mayor gravedad que otro (1.596); el resultado de muerte, expresa el mismo "perjuicio" para el bien jurídico protegido "vida", en todos los casos; en otros elementos o circunstancias, ha de buscarse el fundamento del hecho de que el ordenamiento penal asigne penas de distinta gravedad para conductas que producen este mismo resultado.

c) Proyectando todo lo anterior al delito en estudio, la cuestión actual es: ¿admite grados de lesión el bien jurídico protegido por la norma que prevé la prevaricación? ¿el resultado "resolución manifiestamente injusta" supone más "perjuicio" para ese bien jurídico que el de "resolución injusta"?

En realidad, a través de la segunda interrogación se resuelve el problema. Pues, aunque se llegara a determinar, sobre la base de la respuesta a la primera pregunta, que la "resolución manifiestamente injusta" ocasiona mayor detrimento al bien jurídico que la "resolución injusta", de nada valdría esta conclusión en orden a fundamentar una pena más

(1.595) Por supuesto, en toda argumentación se prescinde de considerar los llamados grados imperfectos de ejecución, pues se trata de apreciar la dicotomía menoscabo-destrucción, que representa un estadio más avanzado que una tentativa o una frustración.

(1.596) En este sentido, los supuestos de: quitar la vida a un "extraño"; matar al padre; o asesinar a otro; no implican mayor gravedad unos respecto de otros: Cfr. DEL ROSAL, COBO y R. MOURULLO, "Delitos contra las personas" cit. pgs. 162 y 164.

grave, ante el hecho, antes resaltado, de que el párrafo primero también abarca los supuestos en que se dicta "resolución manifiestamente injusta".

Pero, se trata más bien de aceptar lo anterior como algo que fue desapercibido por el legislador, e intentar entonces descubrir otra lógica que le ha ya llevado al señalamiento de penas iguales en ambos párrafos del art. 358.

En mi opinión, si se aceptara como bien jurídico protegido por esta norma la confianza en el funcionamiento con arreglo a la legalidad de la administración pública, la cuestión sería clara. Porque resulta evidente que dicha confianza sufre una mayor merma cuando la injusticia de la resolución se manifiesta que cuando no aparece así. La confianza es algo, en principio, mensurable: hay grados de confianza.

Este pudiera haber sido el pensamiento del legislador. Por lo demás, resulta congruente con lo que mayoritariamente se viene interpretando por "manifiestamente" en doctrina y jurisprudencia.

Pero la cuestión cambia, en principio, cuando de la "voluntad legis" puede extraerse que no es la confianza en el comportamiento de la Administración pública conforme a la legalidad, lo que se protege en el art. 358, sino la legalidad misma. Esta, resulta igualmente perjudicada por una resolución injusta que por una resolución en que la injusticia es notoria (manifiesta). La mayor o menor claridad de la injusticia no afecta para nada a la legalidad de la actuación administrativa: ésta en ambos casos será igualmente contraria a la legalidad.

3. Las dos vías de solución según la interpretación del término "manifiestamente".

A) Lo acabado de señalar, sin embargo, parece estar en contradicción con la relevancia que a la infracción manifiesta confieren las leyes administrativas. Efectivamente, el art. 47 LPA declara la nulidad de pleno derecho de los actos "dictados por órgano manifiestamente incompetente" (ap. 1,a), y para eludir el procedimiento ordinario de anulación de actos favorables y poder proceder de oficio, el art. 110 de la propia LPA exige que dichos actos "infrinjan manifiestamente la Ley" (ap. 2, primer inciso). Pero, como ya he resaltado, es justamente a base de la doctrina y jurisprudencia existente respecto de estas normas, como puede construirse un contenido de lo "manifiesto" diverso de lo palmario, evidente, etc.. y referido, más bien, a la gravedad de la incompetencia o de la infracción.

Desde este punto de vista, la "resolución manifiestamente injusta" es precisamente, una grave resolución injusta. Lo que habla en favor de un mayor perjuicio del bien jurídico protegido, en la medida en que se piense que la legalidad administrativa no encierra un contenido meramente formal, sino que expresa una idea de servicio de la administración a la comunidad; con la consecuencia de que pueden distinguirse incumplimientos más o menos grave conforme, por ejemplo, a la importancia del servicio (según la materia).

a) Si, pues, el que culposamente dicta una "resolución injusta", no es sancionable según el art. 358 C.p., como no lo es el que con grado de culpa inferior al previsto por su segundo párrafo dicta una

"resolución manifiestamente injusta", y el que culposamente, conforme al grado de culpa exigido en dicho artículo, dicta una "resolución manifiestamente injusta" merece, a tenor de esta norma, igual pena que el que a sabiendas dicta una "resolución injusta" (sobre el fundamento de contrapesar el mayor grado de culpabilidad de este último caso con el mayor perjuicio para el bien jurídico del anterior), lo único que quedaba era señalar la pena más grave que merecería el que a sabiendas dictare "resolución manifiestamente injusta". Al no estar previsto, resulta obligado introducir este supuesto en el párrafo 1º, con lo que se rompe la armonía en la determinación de la pena que hasta aquí se puede, en algunas medidas, reconocer. He aquí, entonces, el único error. Que no descansaría en lo comunmente alegado: violación del principio general de "a mayor culpabilidad, mayor pena", sino en no percibir que el juego de exclusiones de los resultados previstos, acaba por afectar al otro principio: "a mayor perjuicio para el bien jurídico, mayor pena". Único error, sin embargo, que trasciende al conjunto de la norma y trastoca el equilibrio de los fundamentos de la pena que, dentro de una cierta lógica, se ha intentado alcanzar, y, consecuentemente, hace inaceptable el sistema de penas fijado en aquella.

En suma, desde esta perspectiva lo censurable no es que el 2º párr. del art. 358 señale la misma pena que el 1º, sino que éste último contenga, una sola pena sin advertir que los dos supuestos que pueden abarcar son merecedores de penas de distinta gravedad.

b) Ello no quiere decir, sin embargo, que esta sea la solución patrocínable de "lege ferende".

Si el art. 358 hubiera de conservar todos sus actuales términos excepto las penas, sobre las que hubiera posibilidad de modificación, la solución más acorde con los principios en que se inspira el código sería, en mi opinión, elevar la pena del párr. 1o. si se conserva la del 2o. o rebajar la de este si se mantiene la del primero. No sólo por razones de economía legislativa y tendencia a la solución que menos complique la descripción típica, sino por el mayor peso que el código parece otorgar al principio "mayor culpabilidad, mayor pena", que al de "mayor perjuicio para el bien jurídico, mayor pena", dentro de unos límites pequeños en la diferencia del perjuicio al bien jurídico.

Así, en efecto, para el Código el cometer con imprudencia temeraria la lesión del no. 1o. del art. 420 merece la pena de prisión menor (art. 565, párr. 1o. en relación a la pena de prisión mayor señalada para el delito doloso en el 420, 1o.), mientras que la dolosa comisión de la lesión del no. 2 del propio art. 420 conlleva la pena, de prisión menor y multa de 10.000 pts., es decir, una pena más grave que la culposa comisión de la lesión inmediatamente más grave; de igual forma, cometer con imprudencia temeraria la lesión del no. 3 del art. 420 merece pena de arresto mayor (art. 565, párr. 48, en relación a la pena de prisión menor señalada por el art. 420,3), mientras que la dolosa comisión de la lesión del no. 4 del art. 420 conlleva la pena de arresto mayor y multa de 10.000 a 50.000 pesetas; lesión del número 4 del artículo 420 cometida con imprudencia temeraria, pena: multa de 10.000 pts. y multa inferior en un grado a la de 10.000 a 50.000 pts. (art. 565, párr. 4o. en relación a la pena de arresto ma-

yor u multa de 10.000 a 50.000 pts., atendiendo a los arts. 74 y 76), mientras que lesión dolosa del párr. 1ª del art. 422, pena: arresto mayor o destierro y multa de 10.000 a 50.000 pts.

No obstante, el Código rompe en dos casos, respecto a las lesiones, esta estructuración dando validez al mismo criterio seguido en el art. 358: la lesión del art. nº 2 del art. 420 cometida con imprudencia temeraria merece pena de prisión menor (art. 565 en relación a la pena de prisión menor y multa de 10.000 a 100.000 pts. señalada por el art. 420.2) y la dolosa comisión de la lesión del nº 3 del art. 420 conlleva la idéntica pena de prisión menor; de la misma manera, cometer la lesión del nº 1 del art. 420 con imprudencia temeraria tiene pena de prisión menor, que es la misma que se señala para la lesión dolosa del nº 3 del art. 420. Mantener, pues, el criterio actualmente seguido en el art. 358, no resulta algo extraño dentro del Código que patrocina soluciones iguales respecto de otros delitos. Si se observa bien, tal solución la impone el Código cuando la diferencia de perjuicio para el bien jurdico es ya grande (relación números 1 y 3, art. 420) o supone un salto cualitativo que también permite afirmar la gravedad de esa diferencia (relación números 2 y 3, art. 420). Este último criterio es precisamente el mismo que permite diferenciar la "resolución manifiestamente injusta" de la "resolución injusta", si el "manifiestamente" se interpreta como la mayor gravedad "ratione materiae" de la primera resolución respecto de la segunda. Solo, pues, la necesidad de introducir en el párr. 1ª la conducta de dictar a sabiendas "resolución manifiestamente injusta", hace que la mejor solución sea la apuntada de "lege ferenda".

B) Con todo lo anterior se apunta una vía de justificación de la igualdad de penas en los dos párrafos del art. 358, desde la óptica de entender que para "manifiestamente injusta" aquella resolución gravemente injusta. Pero, como en anterior capítulo ya se ha expresado, no es esta la interpretación del "manifiestamente" que más se atempera a la trayectoria histórica, doctrinal y estructural del párrafo 2º del art. 358, que más bien llevan a entender este término en el sentido de injusticia clara, notoria, palmaria, etc., desde un punto de vista objetivo.

Habida cuenta de la eliminación de posibles explicaciones antes efectuadas, solo dos razones, pero a mi entender bastantes, pueden justificar en algún modo el hecho insólito de la igualdad de penas en ambos párrafos del artículo en estudio, partiendo de aceptar esa otra forma de interpretar el "manifiestamente" contenido en el segundo de ellos.

En primer término, el hecho de no estar penando cualquier forma culposa sino la más grave de ellas: la imprudencia temeraria. De ahí la tendencia a que la pena sea próxima a la del delito doloso.

Pero, en segundo lugar, debe resaltarse que esa culpa no sólo es la más grave en abstracto, sino que reúne una especial cualificación que propicia más todavía mayor reducción del margen de diferencia que debe existir entre su punición y la del hecho doloso: es una culpa profesional. (1.597).

(1.597) Sobre la agravación de la imprudencia o negligencia profesional en general (art. 565), V., NÚÑEZ "El delito culposo...", cit., pgs. 93-94.

Ambos datos (quizá unidos al hecho de pasar desapercibido que también resoluciones "manifiestamente" injustas pueden integrarse en el tipo del párr. 1^a), sugieren una explicación razonable del por qué el legislador pudiera haberse decidido a crear una excep-ción al principio general de que la mayor culpabili-
dad demanda mayor pena.

3. Conclusiones generales del apartado III.

Como conclusión, puede decirse:

Primero; que desde distintas ópticas pueden en-contrarse explicaciones, en cierta medida razonables, al hecho de que el legislador haya señalado igual pe-
na en los dos tipos del art. 358 C.p.

Segundo; que, en base a ellas y a consideracio-
nes adicionales, no puede estimarse como excesivamen-
te desproporcionado ese hecho.

Tercero; que, pese a lo anterior, en rigor la pe-
na del párr. 1^a debería ser más grave que la del párr.
2^a o, a la inversa según del presupuesto de que se
parta, la del párr. 2^a de menor gravedad que la del
1^a.

IV. LA PENA DEL PARTICIPE "EXTRANEUS".

Advierte RODRIGUEZ DEVESA refiriéndose al título VII, LibroII, C.p. en su conjunto, que "las penas especiales previstas para los funcionarios perturban un correcto tratamiento de los problemas de participación criminal, a veces, ridículamente resueltos por la Ley": "así, donde se imponen exclusivamente penas de inhabilitación especial o de suspensión, como ocurre con frecuencia en estos delitos".(1.598)

Tiene razón este autor. Por lo menos por lo que se refiere al delito de prevaricación del art. 358 C.p., que es el que aquí interesa. La cuestión es la siguiente: dada la pena de inhabilitación especial para cargo público que el art. 358 C.p. establece para el autor en sentido estricto del delito de prevaricación consumado, ¿qué pena corresponde al extraño que interviene o participa en el mismo? ¿quid si el delito es intentado o frustrado?

Los supuestos son:

1ª) Al extraño coejecutor del delito (art. 14,1) consumado, o inductor (art. 14,2) del mismo o cooperador necesario (art. 14,3) en él, le corresponde pena de inhabilitación especial para cargo público (art. 49 en relación con el 358).

2ª) Al extraño complice en el delito (art. 16) consumado, le corresponde pena de suspensión de cargo público (arts. 53, 56 y 73 en relación con los arts. 49 y 358).

(1.598) "Parte especial" cit., pg. 997 y n. 38 de esta página.

3ª) Al extraño coejecutor, inductor o cooperador necesario de prevaricación frustrada, le corresponde pena de suspensión de cargo público (arts. 51, 56 y 73 en relación con los arts. 49 y 358).

4ª) Al extraño cómplice de prevaricación frustrada, le corresponde pena de multa (arts. 53, 56, 73 y 74 en relación con los arts 41.49 y 358).

5ª) Al extraño coejecutor, inductor o cooperador necesario de tentativa de prevaricación, le corresponde pena de suspensión de cargo público o pena-de multa según el arbitrio del Tribunal (arts. 52, 96 73 y 74 en relación con los arts. 49 y 358).

6ª) Al extraño cómplice de tentativa de prevaricación, le corresponde pena de multa (tanto si al autor de tentativa se le impone suspensión como si se le impone multa: arts. 53, 56, 73 y 76 en relación con los arts. 52, 49 y 358).

El problema es que el extraño, por esta misma condición, puede no ostentar cargo público alguno sobre el que recaigan las penas de inhabilitación especial para cargo público o suspensión de cargo público. En estos supuestos se produce la imposición de penas vacías de contenido.

Precisamente refiriéndose a inhabilitaciones y suspensiones ha hablado MANZANARES de "el fantasma de las penas sin contenido" (1.599). ¿No será en estos casos preferible -se pregunta este autor-

(1.599) "Inhabilitaciones..." cit., pgs. 226-227.

la fórmula de imponer la inhabilitación especial o la suspensión sin la referencia a sus efectos particulares"? (1.600).

No parece que exista otra solución que ésta, cuya única consecuencia será la constancia de tal formal pena en el Registro de Penados.

Es claro que en el supuesto 5º de los enunciados, el arbitrio del Tribunal debe decidir la imposición de la pena inferior en dos grados (multa). Por otra parte, la posibilidad de que en algunos supuestos se pueda imponer una pena ejecutable (multa), por ejemplo, el cómplice del supuesto 4º, abre a una situación de agravio comparativo en función del grado de participación, porque, en este caso, a los posibles coe_jecutores, inductores o cooperadores necesarios, esto es, autores, se les impondría una pena sin contenido (suspensión de cargo público: supuesto 3º), que hace injusta la situación del partícipe "menor", el cómplice, el que se le impone una pena efectiva.

(1.600) Ob. cit., pg. 227; Solución ésta, a la que aboca la ley, que ya criticaba PACHECO ("El C.p..." cit., pg. 420: "se reduce a una pena nominal y ridícula"). Claro está que se podría optar por entender que la inhabilitación especial o la suspensión constituyen una sola pena con tres diferentes efectos (cargos público, profesión u oficio y derecho de sufragio), y optar por dejar sin contenidos el primer efecto (o aplicarlo en la incorrecta forma genérica antes criticada) y aplicar los otros dos ("inventándose" para el de derecho de sufragio un cargo público); pero, tal solución estará generalmente en contra de la necesaria adecuación que se deduce de la regulación de estas penas entre ellas y el delito que se persigue (Cfr. MANZANARES, ob. cit., pg. 226; CASABO, "Comentarios'" cit., T.II, pg. 162).

La posibilidad de que a través de la estimación de una atenuante analógica (art. 8,10), apreciada como muy cualificada, que, en todo caso, concurriera en la conducta del extraño, sobre la base de no poseer este el específico deber que otorga la condición de participar en el ejercicio de las funciones públicas, que permitiera, imponer la pena inferior en uno o dos grados (art. 61,5ª) y acceder así siempre a penas de multa, está negada por la doctrina (1.601). De otra parte, de nada serviría si no se apreciase como muy cualificada (art. 61, 1ª) o cuando concurrieran, además, agravantes (art.61,3ª).

Todo lo anterior habla, pues, a favor de la modificación de las penas del art. 358 o, si se quiere, en contra de la existencia de penas privativas de derechos.

(1.601) GIMBERNAT, "autor y cómplice..." cit., pgs 292-293. El "término medio ideal" que propone este autor para concretar la pena a imponer al extraño partícipe del art. 14 ("la pena del delito especial en su grado mínimo": ob. cit., pg. 293 n. 204), es perfectamente inútil en los supuestos descritos: en todo caso, se estaría ante inhabilitación especial para cargo público o suspensión de cargo público; eso sí, en grado mínimo.

V. LA "BENIGNIDAD" DE LA PENA DEL ART. 358 C.P.1. La doctrina.

En este sentido, resulta íntimamente conectado con lo precedente la acusación, también curiosamente generalizada en la escasa doctrina sobre el delito en estudio, de benignidad de la pena de la prevaricación del art. 358, C.p.

Así se pronuncia MONTERO HIDALGO (1.602), TEJERA (1.603), SANCHEZ TEJERINA (1.604), QUIN-

-
- (1.602) "Informe-contestación a las 46 preguntas que comprende el interrogatorio sobre el C.p. circulado con la R.-O. de 20 de abril de 1851", Sevilla, 1852, pag. 343: "Adviértese, además, entre la penalidad de la prevaricación y la de falso testimonio notables desproporciones, no obstante de que con la una y con el otro se originan a un tercero o a la sociedad los mismos males, y no obstante que la primera se cometa por personas más instruidas, más capaces y más obligadas a cumplir bien, por la confianza que la ley depositó en ellas, al nombrarlas para tales cargos. Si en el falso testimonio, se observa que es la prisión, o el encerramiento la base de su penalidad, no vemos razón para que deje de hacerse otro tanto, respecto a la prevaricación..."
- (1.603) "La prevaricación..." cit., pg. 234: "La pena es sólo de inhabilitación ¿por qué ha sido esto así?. Es una injusticia que no tiene explicación. ¿Por qué a los funcionarios judiciales se les impone penas de privación de libertad, aunque sean irrisorias, y a los administrativos no?. Tan grave es la transgresión de la ley en un caso como en el otro. Y sin embargo, el legislador los ha tratado de manera distinta..."
- (1.604) "Código Penal anotado" Cit., pg. 400: "Los perjuicios causados pueden ser de mucha transcendencia y parece la penalidad señalada por el Código demasiado benigna". Repite literalmente en "Derecho Penal Español", T.II: "Parte Especial, cit., pg. 186.

TANO (1.605), y RODRIGUEZ DEVESA (1.606).

2. El origen talionar y posterior desenvolvimiento.

Es interesante reseñar el fundamento originario, no ya de esta pena, sino, en general, de las señaladas para todas las prevaricaciones (tanto judiciales como administrativas), que suele indicarse en doctrina: el talión. Fundamento que, según este criterio, se mantendrá en todos los códigos desde el de 1822.

La cosa es clara en el Código de 1822, que en su art. 451 señalaba, como pena, que "los prevaricadores (tanto jueces como funcionarios administrativos) perderán sus empleos, sueldos y honores, y no podrán obtener cargo alguno. Si en la prevaricada

-
- (1.605) "Comentarios..." cit., pg.697: "Concebidos a imagen y semejanza de las prevaricaciones propiamente dichas, que son las judiciales, las resoluciones injustas de funcionarios en asuntos administrativos integran la figura delictiva del art. 358, con la pena extraordinariamente benigna de inhabilitación especial. Sanción a todas luces inadecuada en la actualidad, no sólo porque como frase feliz nos dice TEJERINA, la prevaricación en "el gran pecado de los tiempos modernos", sino por la enorme trascendencia que ha ido alcanzando el poder de la Administración."
- (1.606) "Parte Especial" cit., pg.997, refiriéndose a todo el Título VII en general: "parece excesivamente benévola la actitud del legislador frente a estas conductas, tradicionalmente castigadas con penas que afectan al oficio. Las penas deberían traducir la reprobación que piden los tiempos que corremos, en los que la mano del Estado se extiende irremisiblemente, en una sociedad de masas progresivamente tecnificada, a esferas de intereses cualitativa y cuantitativamente muchísimo más extensas que en la época en que se proyectaron los delitos de este grupo".

ción cometieren otro delito a que está señalada alguna pena, sufrirán ésta igualmente". En el art. 452 indicaba que "los jueces de derecho o árbitros prevaricadores sufrirán, además de la pena prescrita en el artículo anterior, la de oír públicamente su sentencia, y la de ser apercibidos con igual publicidad en el tribunal del pueblo donde hayan cometido el delito". La reacción talionar era diáfana en el art. 453: "Si el juez u otro funcionario público cometiere la prevaricación contra alguna persona en una causa criminal, sufrirá, además de lo prescrito en los dos artículos precedentes, igual tiempo de prisión, y la misma pena que injustamente hubiera hecho sufrir a quella persona".

En los Códigos de 1848-1850, se sigue el criterio ultimamente apuntado para la prevaricación judicial en causa criminal, diferenciando ahora según se haya o no ejecutado la injusta sentencia (art.262,1ª y 269,1ª, respectivamente); en los demás supuestos de prevaricación judicial se castiga con inhabilitación perpetua especial, excepto la negativa y retardo en administrar justicia, a la que se señala pena de suspensión (arts.263 y 270, respectivamente) (1.607) Por esta época, comenta PACHECO refiriéndose al entonces art. 269: "¿Diremos lo mismo de su justicia? ¿Admitiremos esa pena del talió, que en varios casos

(1.607) Prescindo de considerar, aquí y en los demás Códigos, tanto de la modalidad judicial-administrativa de dejar de promover la persecución y castigo de los delincuentes, cuanto de la prevaricación de abogados y procuradores.

se impone, ora flexible, ora mitigada?. El crimen es ciertamente de lo más grave que se puede concebir...Hay una especie de alevosía, no comparable con ninguna otra, en valerse de la autoridad pública, en prostituir la justicia, rebajando su administración a ese fango. No tengamos lástima de los que tal acción cometen. Si la ley es dura, conven-gamos en que debe serlo" (1.608)

En 1870, la prevaricación judicial se diversifi-ca ya de la manera que actualmente se mantiene. Los arts. 361 y 362 (actual 351) conservan estrictamen-te el criterio talionar; el 363 (actual 352) amenaza con arresto mayor e inhabilitación temporal especial en su grado máximo a inhabilitación perpetua especial; el 364 (actual 353), señala (según fuera en causa se-guida por delito grave, menos grave o falta) prisión correccional en sus grados mínimo y medio e inhabili-tación temporal especial en su grado máximo a inhabi-litación perpetua especial, o bien, arresto mayor en su grado máximo a prisión correccional en su grado mí-nimo e igual inhabilitación, o, por último, arresto mayor en su grado mínimo y suspensión; el 365 (actual 354), impone arresto mayor en su grado medio a pri-sión correccional en su grado mínimo e inhabilitación temporal especial en su grado máximo a inhabilitación perpetua especial; el 366 (actual 355) sanciona con pena de inhabilitación temporal especial en su grado máximo a inhabilitación especial perpetua; el 367 (actual 356) prescribe pena de suspensión; el 368 (actual 357) castiga también con suspensión; y el 369, párr. 1º (actual 358, párr.1º) conmina con in-

(1.608) "Código Penal concordado y comentado" cit., T.II, pg. 403.

habilitación perpetua especial y con la misma pena en su párrafo 2ª (actual párr. 2ª, art. 358).

El C.p. de 1928 (arts. 413 y sgs.), que conserva más o menos la misma estructura de delitos (con alguna diversificación más), presenta dos notables variaciones: 1a.) en la prevaricación judicial en causa criminal con sentencia injusta contra reo por delito (art. 413, actual 351) se aparta ya del más estricto talión y señala pena de 2 a 20 años de prisión e inhabilitación absoluta de 8 a 30 años si la sentencia se hubiera ejecutado y si no hubiere llegado a ejecutarse pena de prisión de 1 a 6 años de inhabilitación absoluta de 6 a 15 años; 2a.) En la prevaricación administrativa (arts. 419 y 420, actual 358, párrs. 1ª y 2ª) señala pena de inhabilitación especial de 1 a 10 años cuando es a sabiendas y con providencia o resolución injusta y pena de inhabilitación especial de 6 meses a 6 años cuando fuere por negligencia o ignorancia inexcusable y la providencia o resolución fuere manifiestamente injusta.

El Código de 1932 (arts. 356 y sgs.), conservando la estructura, presenta también dos novedades respecto al anterior: 1a.) Vuelve a castigar los dos supuestos de prevaricación administrativa con la misma pena (art. 363, actual 358); inhabilitación especial. 2a.) En la prevaricación judicial en causa criminal con sentencia injusta contra reo (art. 356, actual 351), no distingue entre si se hubiere o no ejecutado y señala la pena única de prisión menor a prisión mayor e inhabilitación absoluta.

En 1944, se llega a la situación que hoy se mantiene, que representa en relación al código de 1932, la variación en el art. 351 (prevaricación judicial

criminal con sentencia injusta contra el reo) de reintroducir la variación según que se hubiere o no ejecutado la sentencia, señalando pena de prisión menor y multa en el primer caso y prisión menor en el segundo. Comentando esta última modificación dice QUINTANO: "La refundición de 1944 ha vuelto en cierto modo, por lo fueros del "talión" nunca más justificado que en estos casos y reforzado por una tradición milenaria y que sólo el Código de 1932 osó romper". (1.609) Lo cierto es, como se ha visto, que donde más claramente se rompe con el talión en sentido estricto es en 1928; en 1932, simplemente se consumó una evolución en este sentido, que retrotrajo el Código de 1944 aunque sin llegar al criterio bárbaro que todavía en 1870 se conservaba. Aparte de esto, los argumentos empleados por el autor acabado de citar, son tan sólidos como para llevar a considerar absurda la "osadía" de romper con el criterio de imponer pena de azotes que está "reforzado por una tradición milenaria"; reclamar el "talión" para el delito de prevaricación, está tan "justificado" como imponer al funcionario de prisiones que "solicite" a la esposa del sujeto a su guarda (art. 384, párr. 2: también delito de "funcionarios"), la pena de que este último "solicite" a la esposa de aquel. Si tan "justificado" resulta aplicar el "talión" a la prevaricación, ¿por qué no se piensa en someter al juez prevaricador que, en juicio civil, sentenció una injusta nulidad matrimonial, a ver anulado su matrimonio?, de la misma maniera.

(1.609) "Comentarios..." cit., pgs. 695-696.

nera, al funcionario administrativo prevaricador a las consecuencias que habría de sufrir el sujeto (o sujetos) sobre el que recayeren los efectos de su injusta resolución (también aquí podrán plantearse los ejemplos más absurdos). Quizá porque esto no se ha establecido en el Código, le parece a QUINTANO benigna la pena que el art. 358 impone.

3. Retribucionismo y aseguramiento. La distinta estimación de la prevaricación judicial respecto a la administrativa.

En realidad, entiendo que el fundamento talionar fué abandonado (y en buena hora) hace tiempo, por lo menos en sus más groseras manifestaciones (1.610) persiguiéndose desde el principio (incluso cuando más rigurosamente regía el talión) una finalidad retributiva acompañada, en todos los casos, de medidas tendentes a evitar la repetición de los hechos (por lo menos temporalmente) por los mismos sujetos: de aquí las penas de inhabilitación o suspensión que todos los supuestos de prevaricación preven. En los que se estimaron menos dañosos o menos peligrosos, únicamente se intimaba con esas últimas medidas: así, los supuestos menos graves de prevaricación judicial (arts 355, culpabilidad menor; 356, no sentencia sino auto injusto; y 357

(1.610) Desde luego, en la prevaricación judicial persisten todavía residuos talionares como, por ejemplo, sucede también en el falso testimonio; en este sentido, MUÑOZ CONDE: "Todavía ... existe una cierta reminiscencia del principio talional en el hecho de que se tenga en cuenta para agravar o atenuar la pena, si el falso testimonio fué dado a favor o en contra del reo ó si dió lugar ó no a una sentencia condenatoria" ("Derecho Penal, Parte Especial", cit. pg. 631).

simple negativa o retardo) y la prevaricación administrativa.

¿ Por qué ésta última se entiende menos grave o menos peligrosa?. En mi opinión, existen aquí dos factores: 1ª) Que históricamente la auténtica prevaricación es la judicial. Confluyen en este punto un conjunto de ideas, auténtico arrastre histórico, por las cuales se tiende a ver en la prevaricación administrativa una satélite de la judicial, que emerge fundamentalmente, cuando se puede separar la simple infidelidad hacia el príncipe, de la acción administrativa sobre la sociedad; en tanto que la prevaricación judicial poseía ya caracteres propios provenientes de la mejor posibilidad de distinguir la acción de gobierno de la acción de juzgar. La prioridad que en una escala histórica de valores se da a la "justicia" (que es la que teóricamente imparten los jueces), sobre la actividad administrativa, habla en el mismo sentido. 2ª) Un factor también histórico, pero ya no tan psicológico, sino material: el crecimiento paulatino de la actividad administrativa: Es evidente que en un momento en que la mejor Administración era la que menos interferían en la vida del ciudadano, no podía estimarse tan grave la acción prevaricadora de un miembro de esa Administración, como puede, en cambio, valorarse en pleno Estado interventor. En este sentido, resulta perfectamente explicable que las primeras protestas del exceso de benignidad de la pena de esta modalidad de prevaricación, sigan el hilo del "agravio comparativo" con otros delitos de funcionario administrativo (MONTERO HIDALGO), continuen por el cotejo irresistible con las penas de la prevaricación judicial (TEJERA), para, a continuación, entrarse en la gran trascendencia que

pueden tener las injustas resoluciones administrativas (SANCHEZ TEJERINA y QUINTANO) y terminar con la alusión a la actividad estatal que "se extiende irremisiblemente, en una sociedad de masas progresivamente tecnificada, a esferas de intereses cuantitativa y cualitativamente muchísimo más extensa que en la época en que se proyectaron los delitos de este grupo" (RODRIGUEZ DEVESA).

4. Toma de postura y conclusiones.

Demostrada la, por lo menos, igual gravedad de la prevaricación administrativa que alguna de las más graves formas de la judicial, deberá atemperarse su pena a la de éstas. Ciertamente, sin embargo, pueden existir prevaricaciones administrativas que, sin llegar a "insignificantes", sean mínimas y respecto de las que una pena similar a las de esas modalidades judiciales podría decirse desmesurada. No creo que la solución sea incurrir en una casuística, de todo punto rechazable, semejante a la que el Código establece para la prevaricación judicial; muy al contrario, pienso que respecto a estos últimos delitos debe simplificarse el actual modelo legal, si fuera posible incluso reduciéndolo a una fórmula parecida a la del art. 358. En consecuencia, opino que lo más idóneo es la concesión por el texto legal de un mayor arbitrio judicial en la determinación de la pena, que debe ser privativa de libertad o/y pecuniaria con amplios márgenes.

En cualquier caso, entiendo que en relación a la pena del art. 358 (y ello podría hacerse extensible a otros tipos dentro del mismo título VII) hay una cuestión fundamental: su inadecuación.

Para estimar esta afirmación como válida, basta pensar en la imposibilidad de resolver satisfactoriamente los supuestos de participación del extraño, sobre la base de la actual pena.

Podría incluso cuestionarse, desde un plano más general, la necesidad de mantener como penas (cuando menos como principales) a las privativas de derechos. Pues, dígase lo que se quiera, sólo una argumentación formalista (1.611), puede rechazar que tienen mucho de medidas de aseguramiento (1.612). Pero, creo que

(1.611) Como la empleado, en primer término, por BERISTAIN, "La inhabilitación penal..." cit., pgs. 279-280, o por CONDE PUNPIDO para rechazar la opinión de E. CUELLO de que el art. 546 bis d) preve una medida de seguridad, "Encubrimiento y receptación (L. de 9-V-1950)", Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1955, pg. 315.

(1.612) En este sentido, BERISTAIN patrocina la idea del doble caracter de pena y medida de seguridad de la inhabilitación ("la Inhabilitación penal!.." cit. pgs. 281 y 282 y sgs.; sin embargo, muchos de los argumentos aportados por este autor para el mantenimiento de la inhabilitación o de sus "efectos", me parecen por completo rechazables; como muestra baste un botón: frente a la opinión de ROMERO -"Inhabilitación" cit., pgs. 598- de que "no se ve bien porque el pirata debe ser inhábil para la elección de su alcalde municipal", esgrime BERISTAIN el siguiente, y lombrosiano, argumento: "A nosotros se nos ocurre una razón muy sencilla: porque el pirata elegiría para alcalde a otro pirata" -ob. cit., pg. 285, n.38-; sobre suponer que los piratas -en sentido jurídicopenal, claro está, pues de hecho quizás ocurre así - pueden ser candidatos a las alcaldías, el argumento simplificaría muchas elecciones: si los votantes mujeres son más que los hombres es seguro que solo ganaran las candidatas, salvo que las electoras dispersen sus votos entre aquellos y los electores los concentren en un candidato varón; por otra parte, la incidencia de votos de la población penada no creo que suponga una amenaza tan grande como para privarles de derecho de sufragio; por último ¿que hacer con

que no es éste el lugar de desarrollar esta vía.

Basta ahora, en función de todo lo dicho, una conclusión general: resulta imprescindible una remodelación de las penas en muchos de los delitos que hoy componen el Título VII, Libro II, C.p. Más concretamente, en el plazo más breve posible debe modificarse la pena prevista en el art. 358 C.p.

-
- (1.512)el basfemo del art. 467, 1º o con el traficante o vendedor defraudatorio del 573, 3º, o con los farmacéuticos que expenden medicamentos de mala calidad del 576, 2º, etc., a los que no inhabilita el código y que, según ese criterio, solo votarán a otro blasfemo, a otro traficante defraudador o a otro farmacéutico sin conciencia? -favorecen el argumento de ROMERO, por ejemplo, FERRER, "Comentarios'" T.II, pg. 198 y QUINTANO, "Comentarios..." cit., pg. 339). Según FERRER "... esta clase de penas... en realidad tienen mucho más de medida de seguridad que de verdaderas penas" ("Comentarios..." cit., T.II, pg. 198); en el mismo sentido, QUINTANO, "Comentarios..." cit., pgs. 329-330, E. CUELLO, "Parte General", cit., vol. 2, pgs. 866 y ROMERO, "Inhabilitación" cit., pgs. 597 y 598 (en esta última solo respecto a la inhabilitación psrs profesiones u oficio), CASABO, en cambio, se inclina por su carácter de penas ("Comentarios" cit., T.II, pgs. 108-109); sin embargo, los dos argumentos que utiliza no permiten concluir que las privaciones de derechos estén por completo desposeídas de carácter asegurativo, avalan simplemente que, en opinión de este autor, el Código las emplea como penas: lo que pretenden quienes afirman que son medidas de seguridad es, precisamente, que no ocurra así. Ecléticamente, entre lo que pueden ser y lo que en el C.p. son, LANDROVE, "Las consecuencias jurídicas del delito", Barcelona, Bosch Editorial, S.A. 1976, pg. 100.

AMPLIACIONES DE NOTAS

AMPLIACION DE NOTA I.N. 894

Una descripción como la que hace GARCIA DE ENTERRIA (1.613) de las relaciones de supremacía especial, para na nada incluye el dato de la aceptación voluntaria, por parte del funcionario, de la especial relación. Dato que parece incluir con carácter general PARADA (1.614), sin advertir que, como le ha reprochado BAJO (1.615) sobre cita de GARRIDO FALLA (1.616), "la sanción disciplinaria no procede siempre de una relación de poder basada en un acto voluntario, sino que a veces se basa en un mandato ajeno a la voluntad. Por ejemplo, el ingreso en el servicio militar en cumplimiento del servicio obligatorio o el ingreso en una penitenciaría en cumplimiento de una sentencia condenatoria".

La observación de BAJO parece, sin embargo de su aparente incontestabilidad formal, olvidar, a su vez, varias cosas. :

-
- (1.613) "Curso..." T.I. cit., pg. 134.
 - (1.614) "El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal", en RAP, nº67, enero-abril 1.972, pgs. 46-47.
 - (1.615) "El Derecho penal económico. Un estudio de Derecho positivo español", en ADPCP, T. XXVI, Fasc. I. enero-abril 1.973, pg. 115, nota 96.
 - (1.616) "Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas", en RAP Nº28, enero-abril 1.959, pg. 17: "El origen de estas relaciones (especiales de poder) puede estar en un acto voluntario del particular (pues voluntariamente se ingresa al servicio del Estado o en una Universidad), o bien en un mandato ajeno a su voluntad (la Ley que ordena el servicio militar obligatorio y, por tanto, la incorporación a la disciplina militar, o la sentencia que condena a ingresar en un establecimiento penitenciario)".

En primer término, que el propio PARADA advierte (1.617) que con "las consideraciones del texto... no pretendemos, sin embargo, sentar ninguna conclusión definitiva sobre la naturaleza y fundamento de tal poder de la Administración...". Lo que dota a la afirmación criticada, del simple carácter de reflexión al servicio de la idea principal: demostración de la situación en la zona no polémica de la justificación de empleo por la Administración de las sanciones disciplinarias, frente a la discutibilidad de la justificación de que la Administración acuda a otras manifestaciones del poder sancionador; esto es, accesorio, no central y no totalmente desarrollada.

En segundo término, que PARADA se refiere a que la razón "de que la Administración puede sancionar a sus funcionarios... quizás derive del hecho de que todavía es históricamente reciente la adquisición por los funcionarios de un sistema de estabilidad en el empleo, frente a los antiguos avatares de spoil system, seguridad compensada con un poder correctivo interno" (1.618). Lo que supone, primero, simplemente el lanzamiento de una hipótesis ("quizá") y, segundo y fundamental, circunscribirse a los funcionarios, por decirlo de algún modo, "profesionales", cuyo acceso voluntario (desde un punto de vista no sociológico ni psicológico, sino formal) a la especial relación, es innegable.

Adviértase también, que la aplicación del Derecho disciplinario, no implica la condición funcional de aquel a quien se aplica: ni es funcionario el alumno de una Universidad (ej., de GARRIDO FALLA, que implica voluntariedad), ni lo es el recluso de una penitenciaría (ej., de ese autor y del propio BAJO, que no exige voluntariedad), por lo que a ellos nunca puede referirse la mentada opinión de PARADA, exclusivamente centrada en los funcionarios (1.619), y, dentro de éstos, en los genuinamente funcionarios: los "de carrera". Como tampoco se refiere a los casos en que no sólo falta este dato, sino también el de que quien sanciona es

la Administración pública (ej., Derecho disciplinario la boral). Explícitamente habla PARADA de "las sanciones disciplinarias que la Administración impone a sus funcionarios" y de "la justificación misma de que la Administración pueda sancionar a sus funcionarios" (1.620).

En el tercer lugar, señala PARADA, como se ha visto, que tal justificación "quizás derive del hecho..." Esto es, se está refiriendo al origen del Derecho disciplinario administrativo de funcionarios, no al que puede ser su actual fundamento (a este respecto quizá sería conveniente recordar que reglas de disciplina militar existían antes de que el servicio de esa naturaleza fuera obligatorio).

Por lo demás, en la indicada nota 8, pg. 46 del trabajo de PARADA, este autor añade a lo que he reproducido de ella, que remite "al lector al excelente y exhaustivo trabajo de NIETO, "Problemas capitales del derecho disciplinario", publicado en el n°63 de esta Revista. En rigor, parece conveniente, antes de ninguna crítica adversa, acudir al trabajo indicado; si así se hace, se advertirá que NIETO dedica el epígrafe II (1.621) al "Momento histórico de la aparición del derecho disciplinario", con el que probablemente está conectada, y bien conectada a mi entender, la opinión de PARADA motivo de esta nota. Más aún: en la nota 59, pg. 62, advierte NIETO que, "para no enturbiar la línea expositiva", deja marginada la cuestión sobre "la relación del Derecho disciplinario sobre los funcionarios y el Derecho disciplinario de quienes se encuentran sometidos a una relación de poder distinta de los demás ciudadanos aunque no son funcionarios".

(1.617) Ob. cit., pg. 46 nota 8.

(1.618) Ob. cit., pg. 46.

(1.619) Dicho de otra manera, de entre los grupos que se pueden distinguir en relación a la aplicación de la potestad disciplinaria de la Administración

- (1.619)...(v., GARCIA DE ENTERRIA, "El problema jurídico de las sanciones administrativas" en REDA, n° 10, julio-septiembre 1.976, pg. 401), sólo se refiere a uno de ellos: los funcionarios.
- (1.620) Ob. cit., pg. 46, los subrayados son míos.
- (1.621) Pgs. 44-45.

AMPLIACION DE NOTA II.N. 917.

Refiriéndose incidentalmente a la temática aludida en el texto, ha expresado MUÑOZ CONDE (1.622) que "no ve por ninguna parte" la contradicción que en el trabajo indicado había detectado yo entre su concepción restringida del orden público y el hecho de que el propio autor incluyera los atentados y desacatos entre los delitos contra el orden público, contra ese orden público. Así, pues, una de dos: o no tengo razón o me he expresado de forma ininteligible. Como, pese a ser lo más seguro, todavía no creo lo primero, me esforzaré ahora en explicar mi opinión con más claridad.

Según MUÑOZ CONDE, "si se admite la necesidad de proteger penalmente el orden público así entendido (1.623), lógicamente habrá que admitir también la necesidad de proteger penalmente a los encargados de velar por su mantenimiento". La afirmación así hecha, sin más matices ni desarrollo, no puede aceptarse. Equivale a decir que si se admite, por ejemplo, la protección penal de la salud pública, de ello se deriva la necesidad de proteger penalmente en forma específica a los encargados de mantenerla; esto es, entre otros, al Director General de la Salud Pública; o si la fé pública, a los notarios; o si la "moral sexual colectiva" (1.624), a los censores.

Hay que convenir, pues, que una necesidad de proteger jurídico-penalmente de un modo especial a quienes se dedican al mantenimiento del orden público, no procede de la aséptica consideración de esta tarea, sino de la valoración que se otorgue a dicho trabajo o de las consecuencias que del mismo pudieran derivarse para los sujetos que lo desarrollan.

Sigamos, entonces, cada una de estas dos vías.

Pudiera pensarse que la específica protección que el Derecho penal dispensa a quienes procuran la estabilidad del orden público, se basa en la segunda de esas ideas: si esta actividad produce un riesgo mayor que otras, justo es proteger más a quien más peligro corre; si (pensando en los atentados y desacatos) aquellos que se ocupan de manter el orden público, precisamente por las características de este trabajo, tienen más posibilidades de que su vida, su salud e integridad corporal, su libertad y seguridad, su honor... resulten menoscabados o destruidos que el resto de los mortales, justo es que los ataques a estos bienes cuando quienes los ostentan son estos sujetos, sean específica y más severamente castigados que en los demás casos, para lograr un mayor efecto inhibitorio que contrarreste el mayor riesgo.

Pero, sustentar esta tesis exige, a poco consecuente que se quiera ser, que los sujetos afectados por atentados y desacatos efectivamente desempeñen una actividad de mantenimiento de la tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana, esto es, mantengan el orden público:

-
- (1.622) "Delitos electorales (breve glosa y comentario al Tit. VIII del Real D-L, 20/1.977 de 18 de marzo, sobre Normas Electorales)", en CPCr. n°2, 1.977, pg. 177, n.32.
 - (1.623) Es decir, el orden público en sentido estricto: "tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana". Concepto que, desde luego, me parece en principio compartible.
 - (1.624) La pretensión de protección penal de este "orden moral", no es mía, sino también de MUÑOZ CONDE, "Parte Especial", cit., pg. 320.

¿ Es este el trabajo que efectúa (n) el cónyuge, los ascendientes o descendientes del Jefe del Estado, de los Ministros, de las autoridades, o de los funcionarios a que se refiere el delito de atentado del art. 234 en relación al 233 ?. Evidentemente no. Aunque puede que todavía se establezca que para tales sujetos deriva un mayor riesgo de menoscabo o destrucción de los bienes jurídicos antes mencionados, de la actividad de mantener el orden público que llevan a cabo sus respectivos cónyuges, descendientes o ascendientes. Pero, ¿ es que es esta la labor que efectúan todas estas últimas personas ?. Más directamente aún: el art. 236 amenaza con pena de prisión menor a los que atentan contra los funcionarios públicos; por funcionarios públicos ha de entenderse, según el art. 119, párrafo 3º; todo el que, en virtud de uno de los tres títulos de habilitación, participa del ejercicio de funciones públicas; la pregunta es entonces, ¿ todo el que participa de este ejercicio conforme a uno de esos títulos habilitantes, mantiene el orden público ?. Evidentemente no..... a no ser que se postule un concepto de orden público omnicompreensivo, del estilo del mantenido, y, rechazado en esto por MUÑOZ CONDE, en la LOP; un concepto que desde luego no se aviene con los términos de "tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana". He aquí, pues, la contradicción.

Tan gruesa es esta contradicción, que el autor citado inmediatamente matiza: "Pero en los delitos de atentado y desacato se protege solo de un modo indirecto el orden público entendido como tranquilidad en las manifestaciones colectivas, siendo la fundamental, guste o no, el ejercicio y la dignidad de la función pública".

Que el "ejercicio de la función pública" no es lo protegido por atentados y desacatos, es tan claro como que el concepto de función pública a efectos penales no se ciñe a que el sujeto considerado ejerza funciones públicas,

sino que se refiere a que participe en tal ejercicio. En consecuencia, en esa óptica, habría que decir que los atentados y desacatos protegen la participación del ejercicio de funciones públicas que se obtiene por uno de los títulos de habilitación que señala el párrafo 3° del art. 119.

Más, pasando por alto este error, ¿a dicha protección se dedican las normas de atentados y desacatos o más bien las del Título VII, Libro II, C.p. ? ¿Patrocina MUÑOZ CONDE que aquellos se deberían agrupar entre estos o estos entre aquellos ? Si es lo segundo, al introducir nuevamente los "delitos contra las funciones públicas" entre los "contra la seguridad interior del Estado", está siguiendo un proceso involutivo que le lleva a un estado de cosas propio de la Monarquía absoluta, cuando delitos contra el Estado y delitos contra las actividades del Estado, todavía no se habían podido diferenciar. Este es precisamente otro de los absurdos que yo señalaba en el indicado trabajo. Si, por el contrario, patrocina lo primero, es decir, extraer de la órbita de los delitos contra el Estado y, dentro de ellos, de los delitos contra el orden público, los atentados y desacatos, para encuadrarlos entre los delitos contra las funciones públicas, esta no es su postura, sino la mía (1.625), postulada alternativamente junto a otras que entiendo todavía más correctas (1.626) ; la cuestión no es que me guste o no, es si le gusta o no a él.

Solo queda entonces un camino, que es el que ahora parece patrocinar aquel autor: mantener como delitos contra el orden público aquellos que protegiendo fundamentalmente "el ejercicio de la función pública" indirectamente protegen el orden público. Esto tendría la misma lógica que ubicar los delitos de violación de secretos de los artículos 367 y 368, entre los contra la "libertad y seguridad" o los de abusos contra la honestidad de los artículos 383 y 384 entre los "delitos contra la honestidad", o los

de malversación de caudales públicos de los arts. 392 y ss. entre los delitos "contra la propiedad". Desde luego, es un criterio. Más, para que sea atendible, es preciso demostrar, que, efectivamente, cada uno de los tipos que contienen esas figuras de delito, se refiere a la protección de libertad y seguridad, propiedad, honestidad o, en el primer caso, del orden público. Lo que respecto de atentados y desacatos vuelve a situar las cosas en el principio; nuevamente resulta preciso preguntarse si todo atentado y todo desacato implica una alteración de "la tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana"; pero ahora de una peculiar manera: atentados y desacatos alteran el orden público a través del alterar el ejercicio de las funciones públicas. Ahora bien, que el sujeto que abofetea o insulta al funcionario que mecanografía las fichas de las nuevas adquisiciones de material en la tranquilidad de su covachuela, atenta contra el ejercicio de la función pública (además y, a mi entender, sobre todo, a su integridad física o a su honor), es cosa que no solo admito, sino que patrocino; lo que no creo admisible, ni mucho menos patrocinable, es que con ello haya alterado, en todo caso, ni siquiera indirectamente, "la tranquilidad o paz en una manifestación colectiva de la vida ciudadana"..... a no ser que por esta haya de entenderse, enfáticamente, otra cosa distinta de lo que sus términos expresan. He aquí nuevamente la contradicción.

En todo caso, aún si se admite que atentados y desacatos atacando fundamentalmente el ejercicio de las funciones públicas, indirectamente conculcan el orden público (que es algo que, como queda dicho, puede suceder o no), me parece más correcto entender que son delitos contra ese ejercicio que contra el orden público y, en consecuencia, deben situarse entre los delitos que se refieren a aquel bien jurídico y no entre los que se agrupan en función de este último.

(1.625) "El bien jurídico protegido....", cit., pg. 133.

Hay más todavía, y con ello se entra en la segunda vía antes anunciada: en la valoración que se otorga a quienes desempeñan determinadas actividades. Según MUÑOZ CONDE, "en los delitos de atentado y desacato..... lo fundamental, guste o no..... (es) la dignidad de la función pública". A mí desde luego no me gusta y, en consecuencia, procuro evitar una interpretación que siga estos derroteros. Ignoro, en cambio, si al profesor de Sevilla le satisface dicha orientación; parece que si pues, no denunciándola en absoluto, la sigue. Con ello comparte el gusto, sorprendentemente, de las más conservadoras doctrina y jurisprudencia españolas. Que me disculpe si no quiero integrarme en esa tendencia. Una tendencia que se enmarca en una corriente mucho más general (y en ocasiones, aunque no en este caso, deliberada) de examinar la cuestión criminal en su conjunto, reduciéndola a identificarla con una cuestión de orden público: en esta perspectiva los atentados y desacatos se ofrecen como lo más fácilmente denunciabile de esta política criminal, pero, al mismo tiempo, como lo más arraigado de aquello que ha podido interiorizarse, por muchos, de la misma (1.627). Pero, en todo caso, creo estar en el perfecto disfrute de mi libertad científica (y aún en la obligación de señalarlo, dado el talante claramente progresivo que presenta el conjunto de la obra del citado profesor), cuando expongo que mantener al mismo tiempo la idea de que lo protegido por atentados y desacatos es "la dignidad de la función pública" y la de que son delitos contra el orden público, entendido éste como "tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana", es una completa contradicción.

(1.626) V. ob. y pg. cit.

(1.627) V., respecto de esta política, BRICOLA, "Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a propósito della legge maggio 1.975, n. 152)" en QC, n°2 de 1.975, pgs. 221 y ss. y su intervención en el debate sobre "Per una politica criminale del movimento operario", en QC, n°3 de 1.975, pgs. 486-490.

Por lo demás, no creo que sea una cuestión de gustos, sino de actitud política congruentemente aplicada no solo a lo más espectacular que el Derecho penal plantea, sino a todo lo que contiene hasta sus últimos entresijos y hasta aquellos que una secular educación autoritaria ha ya obligado a interiorizar a quienes hemos estado sometidos a ella. Congruente con su inspiración política, el Código incluye todos los atentados y desacatos entre los delitos contra la seguridad del Estado; congruente con las ideas políticas que inspiran sus aplicaciones de las leyes, la jurisprudencia del Tribunal Supremo lo ha hecho para estos delitos de la manera a que aludo en mi trabajo; congruente con esas mismas ideas políticas, alguna doctrina científica ha explicado esos mismos delitos en función de la dignidad y la potestad de la función pública; incongruentemente, en mi opinión, con el conjunto de su obra y, en particular, con su concepto estricto de orden público, MUÑOZ CONDE piensa que lo fundamental en los atentados y desacatos, en punto al bien jurídico que protegen las normas que los contienen, es la dignidad de la función pública a través de cuya protección indirectamente se protege la tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana, en consideración a lo cual mantiene que son delitos contra el orden público: he aquí también la contradicción.

Una contradicción que, en cambio, desaparece cuando se preconiza una política criminal y penal de "ampliación del desvalor de los hechos" (1.628), que se manifiesta en una conexión de los ataques a determinados bienes jurídicos con el ataque a "super bienes jurídicos" estimados, y extensamente promocionados y difundidos en este sentido, por quienes, al servicio de sus intereses, patrocinan tal política, como los "cimientos" del sistema social. El delito no aparece entonces simplemente como tal delito, sino como una perversa acción "socavadora" de tales bases en que se apoya la estructura social en su conjunto. Así

ocurre cuando en la acción de insultar a un funcionario público, no se ve simplemente, la conculcación del honor de este sujeto, sino la lesión de la dignidad que posee la función pública que desempeña, "dignidad" que forma parte de, según unos, o es vía de acceso a, según otros, tal orden público, que de esta manera, es el bien jurídico directamente, en el primer caso, o indirectamente, en el segundo, atacado en realidad.

No es cuestión de gustos el que resultándome políticamente inaceptables tales orientaciones, trate de evitarlas habiendo base para ello: manteniendo un concepto estricto de orden público, señalar la inexistencia de delito de atentado o desacato en aquellos supuestos en que no se puede hablar de que haya habido un ataque a tal bien jurídico (orden público en sentido estricto); con lo que, si la acción realizada puede decirse que constituye un delito "común" (contra la vida, salud o integridad personal, libertad y seguridad, honor...), será este por el que se castigue, aplicando la agravante 16, primer inciso del art. 10 que, precisamente, se dirige a la protección de la, tan ardentemente deseada de amparo penal, dignidad de quien es "autoridad" ó "dignidad" (abarcable en el idéntico término que emplea el segundo inciso en ese mismo número y artículo) representada por participar del ejercicio de funciones públicas sin llegar a ser "autoridad"; en otro caso, cuando o no pueda existir o, de hecho, no exista tal delito "común", ha de optarse por la impunidad o por entender que el bien jurídico protegido es, en términos generales, el normal desenvolvimiento de las actividades legislativas, judicial o administrativa, con la consecuencia de que tales hechos deberían estar entre los delitos que el Título VII contiene.

(1.628) V., Alessandro GAMBERINI e Luigi STORTONI, "La política criminale de la classe dominante: razionalità e ideologia", en QC, nº1 de 1.975, pgs. 121-135.

Que tales interpretaciones son viables, lo nuestra, p.ej., las distintas formas en que la jurisprudencia italiana ha aplicado el delito de "ultraje" (situado, en el C.p., a diferencia que en el español, entre los "delitos de los particulares contra la administración pública"), en las distintas épocas histórico-políticas italianas (liberalismo, fascismo, ó periodo republicano) (1.629).

Patrocinar o no que la dignidad de la función pública forma parte directa o indirecta del orden público, no es cuestión de gustos, sino de estar o no anclado en un pasado al que se cree que se debe o no volver y que, p.ej., FREUD (tan utilizado en otras ocasiones por MUÑOZ CONDE) describe así: "Sabemos ya por qué es necesario preservarse de los señores: son portadores de aquella fuerza mágica misteriosa y peligrosa, que como una carga eléctrica se comunica por contacto y determina la muerte y la perdición de aquel que no se halla protegido por una carga equivalente..... Nada tiene, pues, de extraño, que se haya hecho sentir la necesidad de aislar a personas tan peligrosas como los jefes y los sacerdotes y rodearlas de murallas que les hacen inaccesibles a los demás.... Pero, la mayoría de estos tabús de los altos personajes no se deja reducir a la necesidad de protegerse contra ellos. A la creación del tabú y al establecimiento de la etiqueta de corte ha contribuido aún otra necesidad: la de proteger a las personas privilegiadas contra los peligros que les amenazan.

La necesidad de proteger al rey contra todos los peligros imaginables emana de la enorme importancia del papel que desempeña en la vida de sus súbditos. Rigurosamente hablando, es su persona la que rige la marcha del mundo . Su pueblo debe estarle reconocido, no solamente por la lluvia y la luz del sol, sino por el viento que trae los novios a la costa y por el suelo firme que los hombres huellan bajo sus pies" (1.630).

Pensar que la función pública, y no las personas que la ejercitan o participan de su ejercicio, tiene dignidad, es mucho suponer. Pero más todavía lo es pensar que tal dignidad es tan superior a la que puede adornar la actividad, tan pública, tan necesaria y tan arriesgada como aquella, que desarrolla un albañil que trabaja en su andamio en la construcción de una casa, como para dispensarle una específica protección penal de la que la segunda carece. Una protección penal que se incardina, nada menos, que en la protección del orden público. Un pensamiento de ese cariz se atempera perfectamente a la explicación de ENZENSBERGER: en el desacato, p.ej., el ofensor "se coloca junto al Estado, y por tanto contra éste..... es un competidor suyo: le disputa su monopolio sobre el poder...

Si bien actualmente la superioridad del Estado frente al criminal es desde luego un hecho, si bien las posibilidades que tiene el criminal de ejercitar el poder no guardan en absoluto relación alguna con las del aparato estatal, este se ve directamente amenazado por el acto del individuo o de la "masa". Con preferencia, habla el poder estatal de que sus "cimientos" están en peligro; para "sacudirlos", para "conmoverlos", no se precisa ningún acto de vandalismo, basta un vulgar hurto o la redacción de un artículo. Pero lo que parece provocar más a la moderna legislación es el "desacato" a la autoridad del Estado . Siempre que se habla de ella, los textos

-
- (1.629) V., Federico GOVERNATORI, "Stato e cittadino in tribunali. Valutazioni politiche nelle sentenze", Bari, Editori Laterza, 1.970, pgs.17-21, 94-96, y 135-147.
- (1.630) "Totem y Tabú", trad. Luis López-Ballesteros y de Torres, 2ª edición., Madrid, Alianza Editorial, S.A., 1.968, pgs. 59-62.

pierden fácilmente su inveterada serenidad. Brota espuma de la boca de sus guardianes, el inofensivo desorden se convierte en "motín", el transeúnte en delincuente. La furia con que es vengado el delito muestra la inseguridad de nuestros organismos públicos, el reverso de su superioridad. Ni siquiera los monopolios de los diamantes o del petróleo actúan con tanta energía y vehemencia, tan picajosa y brutalmente; es raro que haya quien arremeta con tal énfasis contra un intruso" (1.631).

Queda una última consideración por hacer: en este terreno de necesaria desmitificación de la "auctoritas" y de la "dignitas", de reducción a lo normal de lo que solo un espíritu de dominación ha transformado en supranormal, no caben excesivas medias tintas. Los paños calientes, las propuestas intermedias, las técnicas indirectas, las, en el fondo, conservadoras reformas, acabarán mereciendo la misma consideración que Lutero mereció a Marx y que, en relación al problema de que ahora me ocupo, cobra especial virtualidad: "Lutero, ésto es seguro, superó la servidumbre basada en la devoción, pero la reemplazó por la servidumbre basada en la convicción. Quebró la fe en la autoridad, restaurando la autoridad de la fe. Transformó a los sacerdotes en laicos, cambiando a los laicos en sacerdotes. Libero al hombre de la religiosidad externa, haciendo una religiosidad que está en el interior del hombre. Liberó el cuerpo de cadenas poniendo cadenas en el corazón..../ A partir de entonces ya no fue cuestión de la lucha del laico con el sacerdote fuera de él, sino de la lucha con su propio interno sacerdote, su naturaleza sacerdotal... (1632).

-
- (1.631) "Reflexiones ante una celda encristalada" en "Política y delito", cit., pgs. 27-28; los entrecomillados en el original. V., también, en el mismo lugar, "Sobre una teoría de la traición", cit. pgs. 297 y ss. y 305.
- (1.632) MARX, Karl, "Critique of Hegel's "Philosophy of Right"", trad. del alemán al inglés por Annette Jolin y Joseph O'Malley, Introducción y Notas de Joseph O'Malley, Cambridge at the University Press, 1.970, pg. 138.

¿ Hasta qué punto no late un argumento similar en la propuesta de proteger penalmente, en realidad, la autoridad mediante el señuelo de la protección del orden público, o en la subsiguiente de proteger este a través de la protección penal de la "dignidad" de la función pública ? A mi modo de ver, esta última sobrevaloración de la figura de quien ejerce (o participa del ejercicio) de las funciones públicas, es una demostración de lo mismo que MELOSSI ha resaltado en otro terreno: "la completa interiorización del principio de autoridad, lo que FREUD describía como la presencia de un agente social (el super-yo) en el interior de la personalidad" (1.633).

(1.633) "Instituzioni di controllo sociale e organizzazione del lavoro: alcune ipotesi di ricerca", en QC, núms. 2-3 de 1.976, pg. 301.

AMPLIACION DE NOTA III.N. 996.

Quizá resulte necesario anticipar aquí que no niego, sino, al contrario, acepto, la tesis de NIETO (y de un estimable número de autores) de que el Derecho disciplinario no surge como un desgajamiento del Derecho penal (base que después permitirá a los autores contrapuestos a los anteriormente aludidos, afirmar la identidad del Derecho disciplinario y el penal). Pero, ello no significa que esa diferenciación original se mantenga en iguales o, siquiera, muy parecidos términos hasta el presente; como lo muestra el hecho, no sólo reconocido, sino reclamado por los propios autores mantenedores de la diversidad Derecho penal-Derecho disciplinario, de la jurisdiccionalización progresiva de éste último. Por el contrario, el Derecho disciplinario (como el penal desde su "nacimiento") ha ido evolucionando; y esta evolución (hoy por hoy todavía en marcha), se desenvuelve precisamente hacia una cada vez mayor proximidad al Derecho penal en sentido propio (el sentido, que tampoco ha acabado, con que hoy más o menos se le puede configurar). En tal evolución hay un dato capital a mi juicio: la aceptación por el Derecho disciplinario de que sus ilícitos se conforman no ya en torno a un deber formalísticamente entendido, sino en referencia a un bien jurídico: éste es, en mi opinión, el fundamental dato común con el Derecho penal y, al mismo tiempo, es (y esto, quizás, es lo que aquí importa más, partiendo de aceptar lo anterior) el dato diferencial con los diversos ilícitos contemplados por el Derecho penal: unos y otros se refieren a un bien jurídico (dato común) pero unos y otros se refieren a respectivos y distintos bienes jurídicos (dato diferencial).

Es bastante significativo, en relación con lo anterior y con algunas materias a las que ya me he referido, examinar la cuestión en el que puede considerarse el más

formal de los Derechos disciplinarios: el militar, en relación al Derecho penal también militar,

De la ponencia presentada por el magistrado militar francés Gratien GARDON al "Congreso Internacional de Derecho Penal Militar" celebrado por la "Société Internationale de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre" en Bruselas del 14 al 16 de mayo de 1.959 (1.634), merecen destacarse a este respecto los siguientes párrafos:

"..... la ley que en un amplio sentido tiene en la sociedad ordinaria como última misión la de proteger la libertad del ciudadano, aporta aquí su concurso y su apoyo a la jerarquía. Su objeto ya no es proteger las libertades, sino obligar a la obediencia" (1.635). Se acepta, pues, aquí (y ello pese a aceptar igualmente la común naturaleza del derecho penal militar y el derecho disciplinarios militar una distinta línea de orientación: la ley penal mira hacia los ciudadanos, la disciplinaria al interior de la Administración (militar). Olvida, sin embargo, la precisión de dinamizar esta última (jerarquía, obediencia, etc.), en cuanto no fin en sí misma, sino dirigida a unos fines :precisamente, el desenvolvimiento (correcto) de una actividad que, en definitiva, también está al servicio de los ciudadanos, de la preservación de sus libertades.

".....los militares están sometidos a un conjunto de reglas. Todo incumplimiento de estas reglas es objeto de sanción.... pero inmediatamente se plantea una cuestión muy importante: ¿ cuál es la naturaleza jurídica de este incumplimiento ? ¿ Es disciplinar o penal o puede reunir, a la vez, las dos características ? Dicho en otros términos, ¿ El Derecho disciplinario debe ser considerado como una parte del Derecho penal abandonada dentro de límites bien definidos al arbitrio de la autoridad jerárquica ?.

El Derecho penal, por el contrario, ¿ constituye, tal como hacía alusión el profesor Sr. LEAUTE, por una jurisdiccionalización progresiva de la acción disciplinaria, un enclave, una conquista sobre el poder jerárquico cuyo progreso, desde el punto de vista del interés de los justiciables, consistiría en reducir cada vez más su carácter discrecional ?" (1.635). He aquí curiosamente planteado el problema: precisamente en forma inversa a la habitual: no si el derecho disciplinario es una consecuencia, algo desprendido, del Derecho penal, sino si el Derecho penal es un Derecho disciplinario progresivamente jurisdiccionalizado. El planteamiento, en estos términos, responde muy probablemente a la específica caracterización del derecho penal militar (1.637) , con lo que la cuestión guarda toda lógica: ¿ Ha surgido el segundo como consecuencia de una jurisdiccionalización progresiva del primero ?, a lo que habría que añadir: ¿ resta, entonces, como más propio Derecho disciplinario aquel que no se ha jurisdiccionalizado o lo ha hecho en menor grado ?. Estos puntos presentan un indudable interés en un orden más general, es decir, más allá del marco del Derecho militar, respecto a la genérica relación Derecho penal-Derecho disciplinario.

-
- (1.634) "Relaciones entre acción penal y acción disciplinaria y límite respectivo de las dos acciones. Primera parte: Disposiciones de fondo" en "Congreso Internacional de Derecho Penal Militar (Bruselas 14-16 mayo 1.959). Ponencias generales", Madrid, Instituto Francisco de Vitoria, Sección de Derecho Militar, 1.960, pgs. 3-18.
- (1.635) Ob. cit., pg. 6.
- (1.636) Ob. cit., pg. 8; el subrayado en el original.
- (1.637) V. PASUKANIS, "Teoría general del Derecho...", cit., pg. 148.

De algún modo parece que conviene ir aceptando su común "naturalaleza" y preguntarnos si realmente su frontera no es mucho más fluida que, incluso, la mera diferencia cuantitativa; de forma que sólo la mayor eficacia (practicidad, rapidez, etc.) de la Administración respecto a los asuntos, es la que justifica que algunos de ellos, cuyo valor se estima socialmente pero no tanto como para incorporarlos a la ley penal (lo que no sería óbice para que cuando así ocurriera fueran incorporados a ella), se dejen en sus manos (eso sí, con una posibilidad última de revisión judicial y con un trasvase progresivo de los principios garantizadores ineludiblemente presentes en el Derecho penal, para su aplicación por la Administración).

En este sentido (no desarrollado por él), merece la pena reflexionar sobre otras dos ideas apuntadas por GARDON: "En el orden del desarrollo histórico resulta evidente que la evolución se presenta, como lo destacaba el profesor LEAUTE, en el sentido de una jurisdiccionalización progresiva del poder disciplinario" (1.638); "el poder de coerción... En una perspectiva histórica aparece más bien "disciplinado"/ Sí, por el contrario, lo consideramos desde un punto de vista moderno de construcción dogmática, la infracción disciplinaria se nos aparecerá siempre con la misma naturalaleza, pero entonces ésta es penal. Tal oposición no debe sorprender. La infracción penal también fue en sus orígenes un asunto privado que ha perdido este carácter en el transcurso del tiempo; la justicia penal ya no corresponde ejercerla a la víctima, sino que el Estado la tomó a su cargo y se administra desde hace muchos años en nombre de la sociedad" (1.639).

(1.638) Ob. cit., pg. 9; el subrayado en el original.

(1.639) Ob. cit., pg. 9; subrayado y entrecomillado en el original.

en los términos de MURGEON, la expresión de la necesidad de "preservar el orden jurídico institucional (organizativo) para permitirle la realización de su obra", imponiendo a cuantos están en ella integrados o sometidos" el respeto de una disciplina que la institución administrativa debe de garantizar por el uso de un poder de represión que le es inherente, como a toda institución" (1.650).

-
- (1.646) Como el propio GARCIA DE ENTERRIA ha puesto de manifiesto: V. "Revolución Francesa y Administración contemporánea" y "La Lucha contra las inmunidades del poder", cits.
- (1.647) Y también resaltada por el propio autor: V. "La lucha contra las inmunidades del poder", cit.; más aún: "La historia de la reducción de estas inmunidades, de esta constante resistencia que la Administración ha opuesto a la exigencia de un control judicial plenario de sus actos mediante la constitución de reductos exentos y no fiscalizables de su propia actuación, podemos decir que es, en general, la historia misma del Derecho Administrativo", ob. ult. cit., pg. 22.
- (1.648) Y los términos entrecomillados vuelven a ser del propio GARCIA DE ENTERRIA: "Curso.....", T.I., cit., pg. 25.
- (1.649) Muro defensista, privatizador del actuar administrativo, sólo fiscalizable jurisdiccionalmente en última instancia, por los tribunales contencioso-administrativos y con las características netamente distintas del procedimiento penal y siempre perjudiciales para el recurrente que ha descrito, en general, para el derecho administrativo sancionatorio, Lorenzo MARTIN-RETORTILLO, "Sanciones penales y sanciones gubernativas", cit., pg. 13.
- (1.650) "El problema jurídico de las sanciones administrativas", cit., pg. 400.

NIETO, al demostrar el distinto origen del Derecho disciplinario respecto del penal, lo sitúa en un asunto privado, laboral, entre el Príncipe y sus funcionarios ¿ Puede mantenerse que hoy se presente en estos términos ? ¿ ha evolucionado el Derecho disciplinario ? ¿ en qué sentido ? . Su "jurisdiccionalización progresiva", aceptada y aún reclamada tanto por este autor como por la aplastante mayoría de los autores, ¿ no viene a dar como resultado un Derecho penal ejercitado por la Administración con una última instancia de revisión judicial -en España contencioso-administrativa, pero reclamada (1.640), para los tribunales penales- ? .

Claro que el valor que, en mi opinión, puede otorgarse a todo lo anterior, se convierte prácticamente en cenizas de aceptar la diferente configuración que GARCIA DE ENTERRIA da al Derecho disciplinario militar respecto del civil (1.641) .

En efecto, este autor, pese a una inicial opinión que parece anticipar otro pensamiento (1.642), excluye por completo de esta comunidad fundamental al Derecho disciplinario (en general, no solo el de funcionarios), que sitúa dentro de la "potestad sancionadora administrativa de auto protección" contrapuesta, a su vez, a una potestad sancionadora administrativa "de protección del orden general". Y mientras entre esta última y la potestad "punitiva penal",

(1.640) V. PARADA, "El poder sancionador....", cit., pg. 92.

(1.641) "El problema jurídico de las sanciones administrativas", cit., pgs. 399-401.

(1.642) "Se distinguen estas sanciones (las administrativas) de las penas propiamente dichas por un dato formal, la autoridad que las impone: aquellas, la Administración, éstas los tribunales penales" (ob. cit., pg. 399).

"la distinción..... es prácticamente imposible en un plano general y de principio", de manera que el empleo de esa potestad sancionadora" de protección del orden general" por la Administración, en la medida en que es una tutela de "orden social en su conjunto", es decir, "una heterotutela" es "un verdadero abuso.... de la autotutela" (para la que si está legitimada la Administración), puesto que "la "heterotutela" es una facultad exclusiva del juez" (civil o penal, según la materia), (1.643), en cambio, "la división de los poderes, no se entiende afectada, sin embargo, por una potestad sancionadora administrativa de autoprotección, configurada sobre el modelo de la potestad disciplinaria, supuesto que su fin primordial no es la retribución o corrección del infractor, sino la defensa del orden administrativo doméstico" (1.644). ; Como si el uso de esta última potestad, y en particular la disciplinaria y, más concretamente, la de funcionarios, no fuera también una técnica jurídica característica del absolutismo cuya configuración se va gestando, precisamente, al paso de la conformación de este y surge cuando al mismo llega a su vértice (1.645) ; ; Como si la intervención del poder judicial sobre los funcionarios no hubiera planteado problemas (y quizás de los más cruciales) precisamente en el interior del revolucionarismo francés, fruto de los cua

(1.643) De forma que a este respecto puede advertir que "en otros países es el principio de la división de los poderes el que proscribe el uso por la Administración de poderes sancionatorios generales, uso que, por cierto, fue una de las técnicas jurídicas del absolutismo que la Revolución Francesa más deliberadamente se propuso eliminar".

(1.644) Ob. cit., pgs. 404-405.

(1.645) V. los orígenes en NIETO, "Problemas capitales ...", cit.

les es la emergencia de una Administración prepotente (1.646) , celosa guardiana de ese "orden administrativo doméstico" que se hurta así del común tratamiento de las materias que conciernen al resto de los mortales ; ; Como si la evolución seguida por lo que se ha dado en llamar contencioso-administrativo (1.647) nada significase a este respecto o se estimase, por arte de premonición, definitivamente concluída ; ; Como si ese ámbito "doméstico no se insertara en el "orden social en su conjunto", para nada afectara a ese "orden social", no estuviera precisamente destinado al mantenimiento de "una organización puesta al servicio" de la "comunidad" (1.648). "Comunidad" que (¿por que razón ?) parece no tener nada que ver, ni resulta afectada por ese "orden administrativo doméstico" ;.

Pero GARCIA DE ENTERRIA traza ahora, en esta materia, una doble diferencia cualitativa (1.649) entre la "potestad sancionadora administrativa de autoprotección" y la "potestad punitiva penal", en orden al objeto del ejercicio de esa potestad y a los fines de sus sanciones. En efecto: "el campo tradicional de la potestad administrativa sancionadora" es "poner en marcha medios aflictivos contra los perturbadores del buen orden administrativo", "y su justificación resulta justamente de la proposición como relevante de la finalidad protectora del orden administrativo. Se ha notado por ello que aquí la potestad de sanción se diferencia cualitativamente y por sus fines de la potestad punitiva penal; en esta se protege el orden social colectivo y su aplicación persigue esencialmente (sin perjuicio de la concurrencia de otros fines difusos) un fin retributivo abstracto, expiatorio, eventualmente correctivo o resocializador, en la persona del delincuente. La potestad sancionatoria de la Administración sería así una potestad doméstica, vocada a la propia protección más que a otros fines sociales generales, con efectos solo respecto de quienes están directamente en relación con su organización y funcionamiento, y no contra los ciudadanos en abstracto. Sería,

Y de las "cuatro manifestaciones características, que respectivamente dan lugar a otros tantos tipos de sanciones" de "la potestad sancionatoria de autoprotección administrativa", "las más características del género entero y sobre todo modelo se configuran analógicamente las demás" son las "sanciones disciplinarias". Además de estas, tienen igual caracterización las "sanciones de policía demanial", las "sanciones rescisorias de actos administrativos favorables" y las "sanciones tributarias"; por su parte, las sanciones disciplinarias, a más de abarcar a los funcionarios, abarcan "b) A los usuarios de los servicios públicos..... c) A los profesionales integrados en Colegios Profesionales en cuanto al ejercicio de su profesión d) A los miembros de otras corporaciones públicas no territoriales... y e) A los contratistas, y en particular a los concesionarios...." (1.651). Pues bien, frente a todas estas "manifestaciones" cabría plantearse, de fondo, iguales cuestiones que las que he manifestado antes, respecto, más particularmente, del Derecho disciplinario de funcionarios. En definitiva, ¿ reside efectivamente donde señala GARCIA DE ENTERRIA un límite entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario, entre el Derecho penal y la "potestad sancionadora administrativa de autotutela" ? ¿ también respecto, por ejemplo, de sanciones de la Ley de Montes (1.652), de la Ley de Caza o del Código de la Circulación (1.653), de la Ley General Tributaria (1.654) o de algunas de las referidas como "disciplinarias" (1.655)?

(1.651) Ob. ult. cit., pgs. 400-401.

(1.652) "de policía demanial", ob. cit., pg. 402.

(1.653) "rescisorias de actos administrativos favorables", ob. cit., pg. 402.

(1.654) "sin perjuicio de su penalización o represión judicial en el caso de infracciones dolosas o calificadas en nuestro C.p..... art. 319", ob. cit., pg. 403.

Ahora bien, para el autor al que vengo aludiendo:

"No hay que incluir a las sanciones disciplinarias militares dentro de la categoría de las sanciones jurídico-administrativas, pues aun incluso cuando las sanciones menores son impuestas de plano y sin sentencia formal, el orden disciplinario militar forma parte en su conjunto del Derecho penal militar, que tiene en su servicio un orden jurisdiccional separado" (1.656). Pero, ¿¿por qué forman parte del Derecho penal militar ?, ¿¿sólo por que este tiene "en su servicio un orden jurisdiccional separado" ? NIETO, ha resaltado, con ocasión de hablar de los distintos criterios esgrimidos por los autores para diferenciar Derecho penal y Derecho disciplinario, "que aunque en algunas ocasiones se haya afirmado que las diferencias procesales suponen un criterio diferenciador entre los Derechos en cuestión, esto no es exacto, puesto que en rigor, las diferencias procesales son una consecuencia de su diferente naturaleza, que es la que produce que unas infracciones sean sancionadas en uno u otro procedimiento y por unos u otros órganos" (1.657). Generalizando el criterio, su pues de afirmar que las diferencias procesales no son las auténticamente distinguidoras del Derecho disciplinario militar de los demás Derechos disciplinarios o del Derecho penal militar del Derecho penal común. ¿Tienen, entonces, "naturalezas" distintas ?.

(1.655) LFCAE, Reglamento de Verificaciones Eléctricas y Regularidad en el suministro de energía, etc., ob. cit., pg. 401.

(1.656) Ob.cit., pg. 401.

(1.657) "Problemas capitales....", cit., pg. 75; el subrayado en el original.

Si aceptamos la opinión de RODRIGUEZ DEVESA, cuya competencia en esta materia es manifiesta, hay que contestar negativamente. Este último autor, al señalar los caracteres en general del Derecho penal militar dice lo siguiente: "El derecho penal militar no es un derecho de excepción. Con criterios materiales no puede considerarse excepcional un conjunto de normas que tienen carácter permanente, porque la nota característica del derecho excepcional es su temporalidad. Tampoco es un derecho "corporativo" o profesional, pese a que se halla extendida la idea de que las fuerzas armadas son una sociedad "perfecta" dentro del Estado, dotada de autonomía en los ordenes legislativo, ejecutivo y judicial; pues en el centro del derecho penal militar, no esta hoy el militar, sino el potencial bélico del Estado; la eficacia de las fuerzas armadas no es un bien jurídico privativo de los ejércitos, sino un interés estatal; el derecho penal militar no es ni puede ser una privata lex de los militares. Igualmente hay que negar que sea un derecho disciplinario. Prescindiendo de que la palabra disciplina es multivoca, la eficacia de un ejército no depende solo de ella; es uno de los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal militar, no el único" (1.658).

(1.658) "Parte Especial", cit., pgs. 1.137-1.138; entrecomillados y subrayados en el original. NUÑEZ BARBERO, también rechaza esa "naturaleza" diferenciadora del Derecho penal militar respecto al común: V. Ruperto NUÑEZ BARBERO, "Derecho penal militar y Derecho penal común", en "Problemas actuales de Derecho penal y procesal", cit., pgs. 20-28; es "un derecho penal especial, pero no autónomo", ob. cit., pg. 20; especial en cuanto "la ley penal militar es complementaria de la ley penal común, en cuanto presupone ésta", ob. cit., pg. 28.

Opinión que, por lo demás, es enormemente sugerente en el orden del tema general que estoy tratando, pues de la afirmación de RODRIGUEZ DEVESA de que el Derecho penal militar no es un Derecho disciplinario, surge la pregunta de si el Derecho disciplinario militar es Derecho penal. Lo que, a la vista de su alusión al bien jurídico "disciplina", debe responderse afirmativamente (no diferencia cualitativa) y aún conlleva la ulterior conclusión de la no diferencia cuantitativa entre ambos derechos, sino diferencia de los bienes jurídicos protegidos por los singulares elícitos que componen cada uno de estos derechos (1.659).

-
- (1.659) Según NUÑEZ BARBERO, "también la disciplina (como en el derecho disciplinario)... puede considerarse como el bien jurídico lesionado o puesto en peligro en la mayor parte de los delitos militares. Bajo este punto de vista, ya se ponga el acento en los intereses del ejército (Pereiro Sordo) o en el interés del Estado en la eficacia de sus fuerzas armadas (Rodríguez Devesa), no parece puedan encontrarse diferencias en los particulares delitos militares que destruyan la identidad conceptual de éstos y los delitos de tipo común, ya que con su incriminación se protegen igualmente bienes jurídicos" -ob. cit., pg. 25; incongruentemente, en mi opinión, traza despues -ob.cit.pg. 25 i.f.-26- una diferencia entre derecho disciplinario y derecho penal, prácticamente igual a la opinión de GARCIA DE ENTERRRIA que he criticado hace un momento.

AMPLIACION DE NOTA IV.N. 1.003.

Esta estructuración jurídica del Derecho disciplinario paralela a la del Derecho penal, es, como digo, algo ampliamente reclamado por la doctrina, aunque desde y con diferentes puntos de vista.

Así, NIETO, tras concluir que "desde cualquier punto que se contemple -histórico o dogmático- el Derecho disciplinario es algo diferente al Derecho penal", señala la precisión de "realizar un intento de síntesis que supere la tensión existente entre ambos Derechos y, sobre todo, que conceda a los funcionarios la mayor parte, si no todas, de las garantías de que gozan los ciudadanos en el Derecho penal" (1.660). Fácilmente se detecta por donde se va a orientar ese "intento de síntesis" y, en efecto, el autor tras plantearse algunos interrogantes en este sentido, añade: "La demostración dogmática de que se trata de cosas diferentes, puede explicar que los principios de Derecho Penal dejen de ser aplicados automáticamente en materia disciplinaria; pero no justifica el debilitamiento de la esfera jurídica de los funcionarios", y remata: "La doctrina moderna no exige, por tanto, la integración del Derecho disciplinario en el Derecho penal -una solución demasiado simple para ser eficaz- sino lo que ha dado en llamarse la jurisdiccionalización del Derecho disciplinario, que ha llegado a constituir la meta imprescindible de toda reforma sobre este tema" (1.661). Jurisdiccionalización que, como resalta el propio NIETO, es una "palabra (que) viene a emplearse, cuando menos en dos sentidos..... Para unos se trata de introducir simples garantías procesales, mientras que, para otros, jurisdiccionalizar, valga la redundancia, significa encomendar la potestad disciplinaria una auténtica jurisdicción" (1.662).

Entre los segundos se encuentra PARADA, quien, partiendo de que "entre el llamado Derecho penal administrativo y el Derecho penal propiamente dicho no existen diferencias ontológicas, y que admitirlas comporta uno de los más graves y peligrosos atentados al Estado de Derecho y a la organización de la garantía" (1.663), señala "en primer lugar que en las normas sancionatorias administrativas se da la antijuricidad, es decir, la infracción previa de otras normas" (1.664) y, más tarde, como en la Jurisdicción contencioso-administrativa, "a la que se fuerza contra toda lógica a actuar como jurisdicción penal, una jurisprudencia progresiva va cabalmente reconociendo la naturaleza penal de las sanciones impuestas, aplicando a su enjuiciamiento la teoría técnico-jurídica del delito y sus elementos de tipicidad y culpabilidad" (1.665).

-
- (1.660) "Problemas capitales..." cit., pg. 80; el subrayado es mío.
 - (1.661) Ob. cit., pg. 80.
 - (1.662) Ob. cit., pg. 82.
 - (1.663) "Derecho Administrativo, Derecho privado y Derecho garantizador" cit., pg. 87.
 - (1.664) De donde deduce el dato común a Derecho penal y Derecho penal administrativo: constituir un "Derecho garantizador", "al margen de la distinción entre Derecho público y Derecho privado en el sentido expuesto" (ob. cit., pg. 87).
 - (1.665) Ob. cit., pgs. 88-89. V. también, del mismo autor, "El poder sancionador..." cit., passim y su intervención en "Estudio crítico de la legislación de prensa", Coloquios organizados por el Círculo de Estudios Jurídicos de Madrid los días 20, 21 y 23 de abril de 1.970, Madrid, edita: Círculo de Estudios Jurídicos, 1.970, pg. 76. V. una crítica a la práctica del "control jurisdiccional de la Administración, en BELLO, "El Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador..." cit., pg. 62.

Precisamente analizando esa jurisprudencia, SOBRAO (1.666) llega a la conclusión de que en la doctrina de ese Tribunal "vemos... como aparecen los elementos de conducta, antijuricidad tipificada, culpabilidad y punibilidad, tal como los enunciara Mezger para la infracción penal" (1.667). Aunque, como reconoce más tarde, si bien, a este respecto, "la doctrina del T.S. es clara, concreta y precisa", "es de esperar que siga ahondando en el elemento de la culpabilidad, y solo encontramos cierto titubeo en lo que se refiere al valor de las presunciones como prueba de los hechos y al alcance exacto de la tipicidad en la esfera administrativa" (1.668), lo que no es de extrañar, en mi opinión, sino que, al contrario, lo extraño es esa jurisprudencia progresiva, si se tiene en cuenta la configuración profundamente rudimentaria del Derecho sancionador administrativo español y, en concreto, del Derecho disciplinario de funcionarios. Pero, sobre esto último volveré más tarde (1.669).

En este orden de cosas, opera también la idea de la necesidad de abandonar una relación funcionario-Administración basada en la disciplina, para sustituirla por una relación basada en la responsabilidad (1.670).

-
- (1.666) "La infracción administrativa en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en DA, nº135, mayo-jun. 1.970, pgs. 119-126.
- (1.667) Ob. cit., pg. 122.
- (1.668) Ob. cit., pg. 125.
- (1.669) No me parece, en cambio, convincente, sino, al contrario, extraordinariamente peligroso, el razonamiento del propio SOBRAO (ob.cit., pgs. 125-126) para explicar los defectos por él advertidos.
- (1.670) Miguel CASALS COLLDECARRERA, en "Proceso a la Jurisdicción de Delitos Monetarios y a los Tribunales de Contrabando. La libertad de expresión del Funcionario Público", Madrid, Edita: Círculo de Estudios Jurídicos, 1.970, pgs. 167-181.

Este trasplante de los principios técnico-jurídicos, garantizadores, del Derecho penal al disciplinario, es reconocido, en cuanto realidad, incluso por quienes, de uno u otro modo, no están conformes con él (1.671). Por ejemplo, GONZALEZ MARINAS, señala que el fundamento y objetivo que, en su opinión, tiene el Derecho disciplinario (que la Administración pública pueda "controlar la actuación de sus "empleados" en toda la extensión de la palabra") se hace "ilusorio, en buena parte por la elasticidad e imprecisión de conceptos del Derecho disciplinario, que impide actuar con el automatismo casi exacto que posibilitan las normas penales", y continúa: "El complejo del Derecho disciplinario ante el Derecho penal es, así, la primera causa de este desapoderamiento que sufre la Administración de sus facultades de juicio y sanción del actuar de sus funcionarios. Y en el otro extremo, el influjo creciente de la opinión que reclama para los Tribunales de justicia la fiscalización a ultranza de todo el actuar administrativo", y termina: "Entre estos dos polos, el Derecho disciplinario transcurre su vida lánguida, pues o no se aplica o, si se hace, sufre la presión de un control judicial que valora las acciones mismas, sus circunstancias cualificantes, etc. y todo ello en base, además, a principios y criterios puramente penales que fuerzan en muchos casos el sentido de las normas disciplinarias", dos fenómenos que el propio autor denomina "la vigencia de criterios penales en el orden disciplinario y el control judicial de la discrecionalidad administrativa en este ámbito" (1.672).

(1.671) En este sentido, V., Juan Luis de SIMON TOBALINA, "Régimen y retribuciones de los funcionarios de la Administración Local", Madrid, Biblioteca "Certamen" de la Administración Local, 1.970, pg. 151 y Pablo GONZALEZ MARINAS, "Reflexiones sobre el Derecho disciplinario: delimitación de la llamada "falta de probidad", en DA, n°150, nov.-dic. 1.972, pgs. 61-88.

(1.672) Ob. cit., pgs. 62-63 y n. 3, pg. 63.

Desde una perspectiva general (no exclusivamente ceñida al Derecho disciplinario de funcionarios), MUÑOZ CONDE resalta que "en las III Jornadas de Profesores de Derecho penal celebradas en Santiago de Compostela en 1.975... se solicitó..... la aplicación de los principios fundamentales del Derecho penal a la sanción administrativa, especialmente los principios de legalidad, irretroactividad de las leyes desfavorables, retroactividad de la ley favorable, culpabilidad, prescripción, etc."; y añade: "igualmente fundamental me parece, en todo caso, un control de la actuación administrativa por parte del poder judicial, admitiendo siempre un recurso suspensivo ante la jurisdicción criminal y reconocer, por supuesto, la vigencia del supuesto ne bis in idem" (1.673).

Ese carácter rudimentario del Derecho sancionatorio administrativo español a que he hecho alusión, lo pone diafanamente de manifiesto GARCIA DE ENTERRIA, precisamente sobre la contraposición al Derecho penal y la vigencia en este de la "teoría general del delito"; "de este modo -dice-, frente al afinamiento de los criterios y de los métodos del Derecho Penal, el derecho sancionatorio administrativo ha aparecido durante mucho tiempo como un derecho represivo primario y arcaico, donde seguían teniendo cabida las antiguas y groseras técnicas de la responsabilidad objetiva, del versari in re illicita, de supuestos estimativos y no tipificados legalmente de las infracciones sancionables, de las pruebas por presunciones.... de la persistencia imprescriptible de la responsabilidad, de la ilimitación o indeterminación de las penas o sanciones, de inaplicación de técnicas correctivas, como la del concurso de delitos, o de causas de exclusión de la responsabilidad o de la acción, o de la antijuridicidad, o del sistema de atenuantes, de condenas condicionales, etc.". "Sin hipérbole -añade- puede decirse que el Derecho Administrativo sancionatorio es un derecho represivo pre-beccariano" (1.674).

Pero, según el propio autor, "tal situación..... ha sido corregida últimamente por una resuelta doctrina jurisprudencial, que cuenta con justicia entre las mejores reacciones de nuestro contencioso-administrativo, aunque le reste llegar todavía a sus últimas consecuencias. Esta doctrina jurisprudencial ha establecido que esa vasta ausencia en la legislación de una "parte general" de las infracciones y sanciones administrativas no puede interpretarse como una habilitación a la Administración para una aplicación arbitraria y grosera de sus facultades represivas, sino que se trata de una laguna que ha de integrarse necesariamente con las técnicas propias del Derecho Penal ordinario. La justificación de esta importantísima toma de posición luce con toda claridad, por ejemplo, en las Sentencias de 2 y 25 de marzo de 1.972, de las que arranca esta doctrina, que ratifica sin vacilación otras Sentencias más recientes (Vid. especialmente la Sentencia de 17 de junio de 1.974)" (1.674), y, a continuación, examina la aplicación en esta materia del "principio de legalidad", "principio del injusto típico", "Nulla poena sine culpa", "prescripción" y "prueba cumplida de la realidad de la conducta reprochable" (1.675), si bien, ciertamente, se ve obligado a hacer continuas referencias matizadoras respecto al "derecho administrativo sancionatorio de autoprotección" en general y al Derecho disciplinario en particular, sin duda debidas a la anterior toma de postura sobre el mismo, en mi opinión, rechazable, como ya he señalado.

(1.673) "Introducción al Derecho penal" cit., pg. 67. En ambos sentidos, QUINTERO, "Represión penal..." cit., pgs. 67-68.

(1.674) "El problema jurídico de las sanciones administrativas", cit., pg. 409.

(1.675) Ob. cit., pg. 410.

(1.676) Ob. cit., pgs. 411-414.

AMPLIACION DE NOTA V.N. 1.046.

MAURACH, llega incluso a prescindir de la necesidad de que exista la infracción de un específico deber para que surja el ilícito disciplinario. En efecto, para este autor, "del amplio concepto de fidelidad, comprensivo tanto del rendimiento de la labor como de la conducta general del sujeto obligado, se deriva el que también una 'conducta impropia de su condición (de funcionario)', sin relación concreta a una esfera de deberes, pueda cumplir los requisitos del ilícito disciplinario -el funcionario o el soldado fuera de servicio están sometidos también al derecho disciplinario" (1.677). Con ello se olvida que la fidelidad por sí sola no dice jurídicamente nada si no es en relación a un deber de fidelidad legalmente impuesto (1.678). Aún más, un deber que tiene que estar dinamizado en relación a la protección de un bien jurídico (1679); bien jurídico que, por lo demás, ha señalado el propio autor ("la lealtad debida al Estado"), lo que ahora parece olvidar también (claro está que la extraordinaria incorrección de la determinación de semejante bien jurídico, propicia el olvido); pues, de otra manera, no es que no exista una concreta relación "a una esfera de deberes", sino que, más simplemente, se entra en la esfera de la opresión.

Es interesante, por lo que, en mi opinión, tiene de significativo, resaltar como la necesidad de vincular la

(1.677) "Tratado..." cit., T. I. pg. 12; el entrecomillado en el original. Esta postura es aceptada por el traductor y anotador de la citada ob.: CORDOBA, ob. y pg. cits., n. 7 del traductor.

(1.678) Lo que todavía no prejuzga, y menos aún en el marco de un Derecho disciplinario concebido en la

imposición de ciertas conductas (o, mejor dicho, la prohibición de llevar a cabo ciertas conductas por el funcionario fuera del servicio) con un objeto de protección, ha conducido a la conexión con la dignidad de la Administración. Precisamente el primitivo objeto de protección de los "delitos de funcionarios" desde la perspectiva "mayestática" del Estado, del que se desligan en el momento en que puede variarse la óptica y dirigirla no al Estado, sino a los ciudadanos. GONZALEZ MARINÑAS (1.680), establece esa conexión respecto a la "obligación del funcionario de 'observar en todo momento una conducta de máximo decoró'", remitiendo (1.681) a la "Base VIII, apartado f) de la ley de Bases de 1963, art. 80 L.F.C.A.E.; art. 7o. apartado h) del RRD de 1969; art. 74, 6o. del Reglamento de 30 de mayo de 1952", no a la "falta de probidad", que entiende "reservada para la corrección de infracciones estrictamente profesionales, es decir, que afectan estrictamente a los deberes y obligaciones del funcionario en su relación de servicio con la Administra

... forma y sobre las bases en que lo concibe y sitúa el mencionado autor, la configuración más o menos determinada o indeterminada, más o menos amplia, de ese deber: ello dependerá, precisamente, del grado de desarrollo que, en su evolución, haya alcanzado el sistema disciplinario de que se trata.

(1.679) Recuérdese, a este respecto, la opinión de BETTIOL reproducida en la n. 903 y el pensamiento de ZUCCALA al que, a su vez, remite: V., "L'infideltà nel diritto penale" cit.

(1.680) "Reflexiones..." cit., pg. 73 i. f.-74.

(1.681) Ob. cit., pg. 74, n. 14.

ción" (1.682).

La criticada opinión de MAURACH, significa llevar su planteamiento inicial a los últimos extremos y resulta rechazable hasta desde la óptica interna de ese planteamiento. En efecto, tal opinión puede traducirse en la siguiente formulación: si el funcionario no lleva a cabo una cierta conducta o, mejor, no se conduce de una cierta forma ("la propia de su condición de funcionario") sufrirá un mal, porque incurrirá en una ilicitud disciplinaria que lleva aparejada una sanción. Pero, una formulación semejante es, precisamente, la que Herbert L. A. HART ha determinado que es el "modelo de deber" de BENTHAM (1.683), acorde con su concepción utilitarista. Más, si esto es un determinado concepto de deber, adviértase que lo que el propio HART reprocha, fundamentalmente, al "modelo de Bentham" es el basarse solamente en una "conexión predictiva", olvidando la necesidad de que exista una "conexión normativa", que "presupone la existencia (o, lo que es lo mismo, la aceptación social) de reglas que, entre otras funciones, cumplen la de justificar la aplicación del castigo frente a ciertos comportamientos" (1.684). Dimensión normativa que aparece en el "modelo

(1.682) Ob. cit., pg. 74. CORDOBA, en cambio, entiende la "falta de probidad" como falta fuera de servicio ("Notas" al "Tratado" de Maurach cit., T. I, pg. 12, n. 7 del traductor.

(1.683) V., Genaro R. CARRIO, "Sobre el concepto de deber jurídico", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, pgs. 15-17.

(1.684) CARRIO, Ob. cit., pg. 17.

de deber" de KELSEN (1.685), para quien no es posible afirmar la existencia de un deber si una norma de derecho no impone la sanción por el acto contrario a ella (1.686). Esta exigencia, sin embargo, hay que entenderla actualmente, en mi opinión, impuesta por razones distintas a las endógenas al sistema kelseniano que llevaron a su fundador a señalarla, de manera que aparezca como exigencia de garantía del ciudadano (en este caso del ciudadano-funcionario), mas que como noción al servicio de las pretensiones obsesivas de aquel sistema (lo que, obviamente, no significa una vuelta a los planteamientos a cuya destrucción se dirigían esas pretensiones).

En cualquier caso, la criticada postura de MAURACH supera, como queda dicho, la propia lógica de su inicial planteamiento (1.687). En efecto, como señala MONTORO, mantenedor de la idea de que la falta disciplinaria consiste simplemente en la infracción de un deber, "el deber en si puede ser, en efecto, infringido; pero tan sólo en la medida en que aparezca recogido, tutelado y protegido por el ordenamiento jurídico surgirá la infracción jurídica y, por ende, la infracción o falta disciplinaria" (1.688).

-
- (1.685) Aunque en un sentido que difiere, por lo menos en cuanto a la importancia del papel que juega en el sistema kelseniano, del propuesto por HART: V., CARRIO, ob. cit., pg. 51.
- (1.686) Cfr. CARRIO, ob. cit., pgs. 30-31; para la crítica a la opinión kelseniana, V. este autor y ob. cit., pgs. 50-56; V. también, pgs. 39-50.
- (1.687) Al margen de asomar a un panorama de arbitrariedad enormemente peligroso y que debe estimarse superado en todos los ámbitos del derecho sancionatorio.
- (1.688) "Régimen disciplinario..." cit., pg. 21.

AMPLIACION DE NOTA VI.N. 1207.

Según Giovanni LEONE, "la interpretación de la norma de peculado, como la de otros delitos colaterales (interés privado y abuso innominado) ha llegado al borde... de hacer perder a la norma las connotaciones de certeza y determinación que son indispensables en una norma penal. ¿Cuál es la causa de este fenómeno?. Para mí no es solamente la imprecisión, probablemente inevitable, de esta norma... ni siquiera... la ausencia de reforma de la Administración pública que está en la base del fenómeno. La razón principal, en mi opinión, es que frente a ciertas situaciones no han operado otras formas de responsabilidad; de sanciones distintas de las penales; de ahí la reacción y el concentrarse solamente en la sanción penal para actuar contra ciertas formas ilícitas. Quiero decir, que no han estado presentes hasta ahora, que no ha obrado suficientemente, ni la responsabilidad contable, ni la responsabilidad administrativa o la política (dimisiones, sustituciones, alejamiento, invitación a alejarse, etc.); y, entonces, era inevitable que la opinión pública y la misma Magistratura se volcaran únicamente en sede penal, aquel control del que no se habría sentido necesidad si los otros instrumentos hubiesen funcionado" (1.689).

En igual sentido se pronuncia Giuliano VASSALLI cuando dice que "no hay duda que la carencia del funcionamiento de las responsabilidades extrapenales es una de las razones, de aquellas que están en la base,... de la dilatación descomedida, e infundada en el ámbito mismo de

(1.689) ISLE, "Delito di peculato e illecito amministrativo", Atti del Convegno, Documentazioni, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1967, pgs. 21-22.

la ley vigente, de las hipótesis de peculado; porque cuando se ve que hay tantas cosas distorsionadas, que hay abusos, así genéricamente entendidos, que hay verdaderas y propias gestiones alegres, que hay excesos de sensibilidad para las recomendaciones, que hay exceso de favoritismo, que ello puede llevar al desmedido empleo de medios y, por consiguiente, a un derroche del dinero público, entonces se comprende bien que, no funcionando otras sanciones, estas situaciones encuentren su desahogo (y, cierto es, un desahogo impropio) acerca del magistrado penal. A los titulares de nuestra Fiscalía de la República llegan frecuentemente denuncias por hechos no constituyentes de delitos. Pero ¿por qué? Evidentemente hay ciudadanos, que infundadamente o no, creen que sólo por esa vía se logra obtener aquella justicia que por otras vías no se obtiene... El exceso de denuncias penales y, por consiguiente, de preceptos penales, no hace, en definitiva, mas que retardar aquellas sanciones que podrían ser sacrosantas a los fines de la eliminación de una serie de abusos que no merecen ser considerados bajo el punto de vista penal. A continuación están las responsabilidades políticas, porque muchas veces vemos que estas responsabilidades son altas y que es solamente su punición en sede política la que puede y debe intervenir prontamente. Y la sanción de estas conductas encontraría mucho mayor y mejor desahogo en las responsabilidades políticas y en las administrativas que no en las penales, las cuales corren el riesgo de suscitar después reacciones contrarias; porque la sanción penal, aplicada ahí donde no es necesaria o donde no tiene un fundamento seguro, despierta, en cambio, un sentimiento de compadecimiento hacia la víctima de la misma y acrecienta el sentimiento de incertidumbre e injusticia, en lugar de reforzar el espíritu de pública observancia de la ley, que todos pretendemos revalorizar" (1.690).

(1.690) "Delito di peculato..."cit., pgs. 82-83.

Para Marcello Ignazio GALLO, el "puntual perseguir causadamente cada formal trasgresión de los preceptos administrativos, presupondría en nuestro ordenamiento público una perfección que, desgraciadamente, está todavía muy lejana" (1.691).

La implicación del derecho disciplinario de funcionarios tiene más trascendencia y riqueza de matices de lo hasta aquí resaltado, como patentiza la siguiente reflexión de NIETO: "Al abordar cualquier tema del Derecho disciplinario, conviene hacer siempre una reflexión inicial a propósito de la escasa aplicación de sus normas en la vida administrativa. Fenómeno tanto más sorprendente cuanto que se refiere a un grupo concreto de individuos, cuya conducta profesional en casi todos los países nada tiene de ejemplar. Los funcionarios, hablando en términos generales, son poco eficientes y nada celosos, cuando no corruptos, y, sin embargo, solo muy raramente se les aplica las dolorosas medidas de un régimen disciplinario: Más aún con harta frecuencia las sanciones de este tipo no persiguen, como pudiera suponerse, la corrección del funcionario y el mejoramiento del actuar administrativo, sino que son meros pretextos, o coberturas de una represión política. A este respecto es también aleccionador comparar la energía que se despliega en las etapas depuradoras, que suelen acompañar a las crisis políticas, con la debilidad y benevolencia con que se soportan a diario las infraccionarias propiamente dichas (1.692). Esta inaplicación se debe, según el autor citado, además de a las causas implícitamente recogidas en el párrafo transcrito, a, primero, la "deficiente constitución jurídico-formal" del Derecho disciplinario, segundo, que "el funcionamiento -

(1.691) "Delitto di peculato..." cit., pg. 19.

(1.692) "Problemas capitales..." cit., pgs. 39-40.

ideal de una organización administrativa, se encuentra entorpecido por una serie de relaciones personales, que con frecuencia llegan a desplazar al interés público, relajando la disciplina" y, en tercer lugar, que "el Derecho disciplinario, no ha sabido superar en una síntesis apropiada la tesis de los derechos individuales del funcionario y la antítesis de la indeclinable discrecionalidad que corresponde a la Administración, en cuanto que a ella exclusivamente compete regular el funcionamiento de sus servicios" (1.693). En consecuencia, para superar la inoperancia del Derecho disciplinario, es precisa su "radical renovación"; en concreto, "por lo que a España se refiere, el Derecho disciplinario, si quiere dejar de ser una farsa o un instrumento de represión, ha de ser renovado, tanto en su base científica como legislativa y, más aún, en su procedimiento y estructura orgánica" (1.694).

(1.693) Ob. cit., pg. 40.

(1.694) Ob. cit. pg. 42.

AMPLIACION DE NOTA VII.N. 1.357.

Si se parte de la base de que el diferente tratamiento penal del delito doloso, como forma más grave de aparición del hecho punible, frente al delito imprudente, se encuentra en que en el primero el autor se ha decidido por la lesión del bien jurídico y en el segundo no (1.695), resulta difícil mantener una concepción del dolo eventual exclusivamente centrada en la consciencia (en un determinado "grado") de la posibilidad real de que el resultado tenga lugar (1.696). La cuestión será, más bien, el criterio con el que se va a operar para apreciar si el autor se ha decidido por la lesión del bien jurídico (1.697).

Si bien esto se intentó, tomando en cuenta sólo la parte de consciencia o momento intelectual del dolo (consciencia de que es posible-imprudencia consciente- o bien de que la realización del tipo no sólo es posible, sino muy probable ("Wahrscheinlichkeitstheorie") -dolo eventual-), la doctrina alemana refirió mayoritariamente el criterio en cuestión a la parte, momento o elemento volitivo del dolo: existirá dolo eventual si el autor se "con-

(1.695) STRATENWERTH, "Strafrecht. Allgemeiner Teil", I: "Die Straftat", 2. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München, Carl Heynemanns Verlag, 1976, Rdn. 253; ROXIN, "Zur Abgrenzung von bedingten Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit -BGHSt 7, 363", en JuS, 1964, pgs. 53 y sgs. (especialmente, pg. 58).

(1.696) De esta forma -y de la que inmediatamente se verá- disiento de la opinión de GIMBERNAT respecto a la tesis sustentada por ROXIN: V., "Acerca del dolo eventual..." cit., pgs. 135, n. 41 y 136, n. 46.

(1.697) Cfr. STRATENWERTH, ob. cit., Rdn. 302.

forma" con la posible realización del tipo. El criterio es, por tanto, la "voluntad de realización" (1.698), vinculado a un conocimiento "serio" de la posibilidad (según el criterio utilizado, como se verá, por STRATENWERTH). El dolo faltará, en consecuencia, si el autor actúa "en la confianza -ligera- de que la realización del tipo, conocida como posible, no tendrá lugar" (1.699).

Armin KAUFMANN, ha intentado dar un paso mas y fundamentar la teoría diferenciadora de dolo eventual e imprudencia consciente sin alterar (como, en cambio, se deduce de la argumentación de STRATENWERTH) el presupuesto de la teoría de la culpabilidad, es decir, la delimitación diferenciadora entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad.

En efecto, a pesar de las críticas lanzadas contra la teoría de la acción final, en el sentido de que "la confianza en la no realización del resultado no deseado pero tenido por posible, no tiene nada que ver con la finalidad" (1.700), los partidarios de dicha teoría final, no han abandonado su pretensión de mantener la diferencia entre dolo eventual e imprudencia consciente desde el pla

(1.698) Cfr. JESCHECK, "Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil", 2, Aufl., Berlin, Duncker & Humblot 1972, pg. 222; ROXIN, Ob. cit., pg. 61.

(1.699) STRATENWERTH, ob. cit., Rdn. 305.

(1.700) Arthur KAUFMANN, "Die finale Handlungslehre und die Fahrlässigkeit", en JuS, 1967, pg 148; en n. 29 de la misma pg. recoge la doctrina concordante.

no de la estructura de la acción, hasta concluir, lógicamente, en el del injusto. (1.701).

En este contexto, STRATENWERTH ha "concedido" que la diferenciación entre ese "contar con su realización" y el "confiar en la no realización", no tiene, efectivamente, nada que ver con la "finalidad", sino que la delimitación se ha de establecer haciendo intervenir la actitud jurídico-valorativa del autor con respecto al peligro de lesión del bien jurídico: de la seriedad o ligereza con que se aprecia el peligro depende, en consecuencia, la consciencia de la relevancia valorativa de la conducta con respecto a ese resultado no principal (1.702). Ello equivale, tal y como resalta ZIELINSKI (1.703), a considerar la consciencia de la antijuridicidad como criterio delimitador del dolo.

Armin KAUFMANN (1.704), utiliza el criterio ontológico de la "voluntad de evitación" que sería capaz de producir la "auto-delimitación de la voluntad de realización" del resultado no principal. En el plano de la acción, y en momento volitivo, ciertamente, habría que considerar como de imprudencia consciente aquella actuación del autor que, conocida la posibilidad del resultado no principal,

(1.701) WELZEL, "Strafrecht.." cit., pg. 68: "si la realización del resultado no principal no está unida necesariamente con el fin o medio, según la representación del autor, sino sólo como posibilidad, depende (el que haya dolo eventual o imprudencia consciente) de si cuenta con su realización o, por el contrario, si confía en su no realización".

(1.702) Ob. cit., Rdn. 307.

(1.703) "Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff", Berlin, Duncker & Humblot, 1973, pg. 163.

(1.704) "Der dolus eventualis im Deliktsaufbau", en ZStW, Bd. 70, 1958, pgs. 64 y sgs.; existe traducción española de SUAREZ MONTES, en ADPCP, T. XII, Fasc. II, mayo-ag. 1960, pgs. 185 y sgs.

dirige su "voluntad de realización" hacia la "evitación" del mismo, dando por supuesto que la "voluntad de realización" no puede dirigirse a la vez a la producción del resultado no principal y a su evitación. En consecuencia, concluye Armin KAUFMANN, apoyándose en VON WEBER, "el dolo queda eliminado cuando el autor conocía, en efecto, la posibilidad de la realización del resultado, pero ejecuta la acción en la confianza de que podrá evitarlo" (1.705). De esta manera, la "voluntad de evitación", entendida como voluntad rectora manifestada en un acontecer externo, es decir, como voluntad "actualizada" hacia la evitación, mediante "hechos" (medios utilizados, etc.), excluye la posibilidad de una voluntad de causación o producción del resultado conocido como posible, y con ello se convierte en el elemento delimitador del dolo (eventual) y la imprudencia consciente.

Esta atractiva teoría ha sido sometida a crítica, desde las propias filas finalistas, por el discípulo de Armin KAUFMANN, Diethart ZIELINSKI (1.706). Por un lado, las posibilidades de actualizar una voluntad de evitación, dice ZIELINSKI, son bastante limitadas, respondiendo más a una construcción teórica que a una realidad enmarcada en el preciso momento de tomar la decisión. En ese momento, los elementos de la acción ya realizados o existentes -el jabalí que supone entre la maleza al que se tiene intención de disparar, la ajeneidad de la cosa sustraída, etc.- "no pueden ser influidos por ninguna voluntad de evitación en su ser o deber ser" (1.707). Existen, también, supuestos en los que la voluntad de evitación carece de -

(1.705) Ob. cit., pg. 74

(1.706) Ob. cit., pgs. 165 y sgs.

(1.707) Ob. cit., pg. 165.

significación, ya que si bien hay circunstancias del hecho que no existen en el momento de la decisión, sin embargo intervendrán o llegarán a tener lugar sin que la "voluntad de evitación" pueda influir o actualizarse; así, prosigue ZIELINSKI, el conductor que "corta" una curva a la izquierda, sin visibilidad, a una velocidad desmesurada que imposibilita un desvío dominable, en su caso, puede "esperar" que no pasara nada, pero, en cualquier caso, ha perdido toda posibilidad de "evitar" el accidente. En ambos supuestos hay que concluir con la afirmación de un dolo eventual.

Pero, lo más importante es, según señala igualmente ZIELINSKI, que esa construcción sería contradictoria con toda la teoría, desarrollada por Armin KAUFMANN, de los presupuestos de la concreción de la prohibición (de acción) en el deber (de omisión), ya que en el momento de la decisión de la acción, no es constatable si el autor está ejecutando la voluntad de evitación, erigiéndose en una auténtica "causa ulterior de supresión del dolo" ("nachträglichen Vorsatzaufhebungsgrund"). La conclusión para ZIELINSKI es que la coherencia de la teoría de la acción final y, especialmente, la del injusto, impone la imposibilidad de diferenciación entre ambas formas de injusto: "la imprudencia consciente es dolo eventual: no hay ninguna posibilidad de diferenciar ambas formas de injusto en el plano del injusto, esto es, sin recurrir a elementos motivacionales" (1.708).

(1.708) Ob. cit., pg. 168.

AMPLIACION DE NOTA VIIIN. 1.516.

El art. 32 del C.p. de 1870, referido a la inhabilitación absoluta perpetua, decía (aparte su no. 4o. y párr. final): "La pena de inhabilitación absoluta perpetua producirá los efectos siguientes: / 1o. La privación de todos los honores y de los cargos, y empleos públicos que tuviere el penado./ 2o. La privación del derecho de elegir y ser elegido para cargos públicos de elección popular./3o. La incapacidad para obtener los honores, cargos, empleos y derechos mencionados". Como inmediatamente se advierte, el no. 3o. recoge la incapacidad para obtener todo aquello de lo que se priva en los dos números anteriores. No hay obstáculo alguno para entender que los "derechos" a que se refiere son los "de elegir y ser elegidos para cargos públicos de elección popular", únicos mencionados en los dos primeros números (el no. 4o. y el párr. último se referían a otros derechos, que -aparte el Código de 1828, al que por sus peculiaridades en materia de penas no me referiré- se suprimieron en los códigos sucesivos). El art. 32 era, pues, formalmente congruente.

El art. 33 de ese mismo código de 1870, referido a la inhabilitación absoluta temporal, no difería del art. 32 en sus dos primeros números (salvo el añadido, dada la temporalidad de la pena, en el no. 2o. de "durante el tiempo de condena"), pero sí era distinto en su no. 3o. En este decía: " La incapacidad para obtener los honores, empleos, cargos y derechos mencionados en el no. 1o. igualmente por el tiempo de la condena". Quería, a no dudar, excluir (torpemente, ya que en el no. anterior había privado al sujeto del derecho a elegir ó ser elegido) la posibilidad de que se negara al privado de derecho de sufragio la readquisición de su capacidad de elector y elegible.

De ahí que se refiera la incapacitación sólo a lo descrito en el no. 1o.; para que no alcanzara a lo contenido en el no. 2o. Con inhábil mimetismo adopta, sin embargo, idéntica fórmula que el no. 3o. del artículo anterior, limitándose a añadir (para lograr el efecto excluyente pretendido) la frase "en el no. 1o.". De esta manera el término "derechos" queda vacío de contenido, por cuanto no era el no. 1o. el que a ellos se refería, sino el no. 2o.

El Código Penal de 1932, al rechazar los castigos perpetuos (E. de M., *passim*), y en consecuencia la inhabilitación absoluta perpetua, cuando se ocupó de la inhabilitación absoluta trasladó a su art. 34 la fórmula de la inhabilitación absoluta temporal del art. 33 del C.p. de 1870. Con lo que acogió la interna incongruencia de este artículo. La misma formulación pasó al art. 35 del C.p. de 1944 (aparte la supresión en su no. 3o. del término "empleos", de cuya trascendencia me ocuparé más tarde) y códigos sucesivos (1.709).

Ahora bien, en todo caso, tanto en el, formalmente congruente, art. 32 del C.p. de 1870, como en los, ya des coordinados, arts. 33 de este código, 34 del de 1932 y 35 de los de 1944 al actual (si es que en estos últimos se interpreta que el término "derechos" de sus números terceros se refiere, a pesar de todo, a los derechos enunciados en sus números segundos) existe otro defecto: si en el no. 2o. se priva al penado del derecho de elegir y ser elegido para cargos públicos, resulta innecesario que, en el no. 3o., se le incapacite para obtener esos derechos;

(1.709) "nuestro art. 35 -dice MANZANARES-, es heredero no del 32 del Código de 1870, sino del 33" ("Las inhabilitaciones..." cit., pg. 178).

el privado de los derechos de elegir y ser elegido para cargos públicos está, obviamente, incapacitado para ser elector o elegido.

Más detenida meditación exige llegar a una conclusión sobre la cuestión, semejante a la anterior, que plantea la coordinación del no. 3o. del art. 35 con el no. 1o., por lo que se refiere a que aporta de más, ó si también hay aquí una reiteración, la incapacitación de que habla aquel respecto a la privación a que se dedica este. Llegar a una conclusión sobre este punto exige, por lo pronto, resolver otras dos cuestiones: primera, la temporalidad o perpetuidad de la privación del no. 1o.; segunda, que se entiende por privación.

Respecto a lo primero, y por razones que diré al ocuparme de la duración de la pena de la prevaricación, me inclino por la temporalidad en los términos del art. 30. En cuanto a lo segundo, entiendo que la privación de los honores, empleos y cargos públicos, supone que, durante el tiempo de duración de la pena, el penado pierde los honores que tenga y los cargos públicos que ostenta, lo que significa, habida cuenta que la pena tiene una duración determinada, que hasta tanto concluya ese tiempo el penado no puede recuperar esos honores, cargos públicos y empleos ni siquiera a través de nueva presentación a las pruebas selectivas que permiten la obtención de esos cargos, etc., (con esto último es congruente el art. 30, 1, de la LFCAE que impide la admisión a esas pruebas de los inhabilitados).

Así las cosas "la incapacidad para obtener los honores, cargos y derechos mencionados en el no. 1o., igualmente por el tiempo de la condena" a que se refiere el no. 3o. del art. 35, no puede entenderse, sin volver a acusar de reiteración a la norma, en el sentido de que el penado está impedido por el mismo tiempo que privado de los honores

res y cargos públicos para readquirir éstos, sino en el sentido de que durante ese tiempo no puede obtener los privilegios (de trato o ubicación en lugares públicos, etc.) que proporcionan esos honores, ni obtener el desempeño, en base a una relación con la Administración pública distinta de la de los cargos de que ha sido "privado", de las funciones que tales cargos implicaban porque se le haya "empleado" para tal fin; es decir, si, por ejemplo, el que ostentaba un cargo de bibliotecario ha sido privado del mismo (no. 1o., art. 35), tampoco puede ser contratado por la Administración pública para desarrollar ese trabajo (no. 3o., art. 35).

En contra de esta interpretación no creo que pueda esgrimirse el argumento de que el art. 38, referido a la "suspensión de un cargo público", señala que su efecto es privar "de su ejercicio al penado, así como obtener otro de funciones análogas por el tiempo de la condena", por lo que al utilizar en el 2o. miembro igual fórmula que el no. 2o. del art. 36 y similar a la del 3o. del art. 35, no podrían interpretarse estas dos últimas en un sentido prácticamente idéntico al del primer miembro del art. 38, pues entonces éste, conforme a una mínima coherencia interpretativa, diría exactamente lo mismo en sus dos incisos. Y no creo que pueda emplearse contra lo que llevo dicho porque, en mi opinión, el art. 38 es perfectamente coherente en sus dos miembros, habida cuenta que el segundo no debe interpretarse en igual sentido que los números 2o. del art. 36 y 3o. del 35, sino en el de que el penado a esta suspensión no puede concurrir a la obtención de cargos análogos a aquel de cuyo ejercicio está privado a través de las correspondientes pruebas de selección, lo que era necesario señalar, si así lo quería el legislador, en la ley penal, dado que la LFCAE no impide en su art. 30 el que un suspenso sea admitido a las pruebas selectivas, lo que en cambio hace (art. 30, 1,e) respecto al inhabilitado. La supresión, en 1944, del término "empleos" en el

o. 3o. del art. 35, plantea la duda de si, p. ej., el empleado como mecanógrafo por la Administración pública en base a un contrato laboral, que ha sido privado de su empleo por la aplicación de una pena de inhabilitación absoluta (no. 1o.), podría ser empleado para desarrollar la misma función a través de, por ejemplo, un contrato administrativo (ya que el no. 3 del art. 35 no le incapacita para obtener el empleo por el tiempo de la condena y el no. 1o. le priva solamente del que tenía en un sentido estricto). La cuestión debe resolverse negativamente dado el art. 50 LFCAE, que preceptúa que la inhabilitación absoluta implica suspensión firme (art. 50, 3) y que ésta determina "la pérdida del puesto de trabajo" (art. 50, 2).

B I B L I O G R A F I A

BIBLIOGRAFIA EMPLEADA

- ALAS, Leopoldo.
("Clarín"), "Prólogo" de la traducción española de "La
lucha por el Derecho" de R. von Ihering, versión espa-
ñola de Adolfo Posada, Nueva Edición, Madrid, 1921.
- ALONSO GARCIA, Manuel.
"Curso de Derecho del Trabajo", 4ª ed., Barcelona, Edi-
ciones Ariel, 1973.
- ALTAVILLA, Enrico.
"Concezione penalistica della pubblica Amministrazione", en "Scritti giuridici in memoria di Eduardo Massa-
ri", Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1938,
pgs. 95-108.
- ALTHUSSER, Luis.
"Montesquieu: la Política y la Historia", 2ª ed., tra-
ducción de María Ester Benitez, Barcelona, Ediciones
Ariel, 1974.
- ALVAREZ, Tomás María y VIZMANOS, Cirilo.
"Comentarios al Código Penal", Madrid, 1948.
- ALLEGRA, Giuliano,
"Azione del reato proprio e tipologia di azione e di
autore", en SP, 1950, pgs. 389-401.
- AMATO, Giuliano.
"L'interesse pubblico e le attività economiche priva-
te", en PD, nª 3, 1970, pgs. 448-462.
- AMUNATEGUI STEWART, Felipe.
"'maliciosamente' y 'a sabiendas' en el Código Penal
Chileno", Editorial Jurídica de Chile, 1961.
- ANES, Gonzalo.
"El Antiguo Régimen: Los Borbones", T.IV de la "Histo-
ria de España Alfaguara", dirigida por Miguel Artola,
Madrid, Alianza Editorial-Alfaguara, 1975.
- ANTOLISEI, Francesco.
"Il problema del bene giuridico", en RIDP, 1939, pgs.
3-36.
- "Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale", 6ª ed.
aggiornata a cura di Luigi Conti, Milano, Dott. A.
Giuffrè - Editore, 1972.

ANTON ONECA, José, "Derecho penal (obra ajustada al programa de 14 de julio de 1927 para los ejercicios teóricos de las oposiciones a ingreso en el cuerpo de abogados del Estado)", Madrid, Editorial Reus, 1929.

- "Los antecedentes del nuevo Código penal", Separata de la RGLJ, Madrid, Editorial Reus, 1929.
- "Derecho Penal", T.I: "Parte General", Madrid, 1949.
- "Historia del Código Penal de 1822", Separata del ADPCP, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1965.
- "El Código penal de 1848 y D. Joaquin Francisco Pacheco", Separata del ADPCP, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1965.
- "El Código Penal de 1870", en ADPCP, T. XXIII, Fasc. II, mayo-ag. 1970, pgs. 229-251.
- "La generación española de la política criminal", en "Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho (En Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa)", Buenos Aires, Ediciones Pannedille, 1970, pgs. 337-348.
- "El Derecho Penal de la postguerra", en "Problemas actuales de Derecho penal y procesal", Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, 1971, pgs. 160-174.

ARAMBURU Y ARREGUI, Juan Domingo DE, "Instituciones de Derecho Penal Español (arregladas al Código reformado de 30 de junio de 1850)", Oviedo, 1860.

ARIAS SENOSEAIN, Manuel, "Apuntes de Derecho Administrativo (Conflictos, Procedimiento y Recursos)", Universidad de Madrid, Facultad de Derecho-Sección de Publicaciones, 1969.

AURIOLES MONTERO, Ildefonso, "Instituciones del Derecho Penal de España (escritas con arreglo al nuevo Código)", Madrid, 1849.

BACARDI, Alejandro DE y SARDA, José, "Código Penal de España, Enmendado con arreglo a los Reales Decretos de 21 y 22 de septiembre de 1848 y comentado", Barcelona, 1848.

BACIGALUPO, Enrique, "La noción de autor en el Código penal", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965.

- BACHOF, Otto, "Jueces y Constitución", traducción de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, Taurus Ediciones, 1963.
- BAENA DEL ALCAZAR, Mariano, "Naturaleza jurídica del silencio de la Administración", en REVL, no. 121, en.-feb. 1962, pgs. 1-24.
- "Efecto afirmativo del silencio de la Administración", en REVL, no. 123, mayo-jun. 1962, pgs. 321-341.
- BAJO FERNANDEZ, Miguel, "El Derecho penal económico. Un estudio de Derecho positivo español", en ADPCP, T. XXVI, Fasc. I, en.-ab. 1973, pgs. 91-139.
- "Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma", en "Estudios Penales I", por Agustín Fernández Albor y otros, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1977, pgs. 9-49.
- BAKUNIN, Mijail, "Dios y el Estado: Nota sobre Rousseau", en "Dios y el Estado", Madrid-Gijón, Ediciones Jucar, 1975, pgs. 137-188.
- BALDUS, Paulheinz, "§ 331-335", en "Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar", 9, Aufl., Herausgegeben von Paulheinz Baldus und Günther Willms, 13. Lieferung, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1972.
- BARATTA, Alessandro, "Positivismo giuridico e scienza del diritto penale. Aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dell'inizio del secolo al 1933", Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1966.
- "Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale", en QC, No. 1 de 1975, pgs. 7-65.
 - "El Estado de Derecho. Historia del concepto y problemática actual", trad. de Marino Barbero Santos, en S.RCS, núm. 17-18, abril de 1977, pgs. 11-23.
 - "Criminología crítica e política criminal alternativa", en QC, no. 3 de 1977, pgs. 339-359.
- BARBERO SANTOS, Marino, "Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto", en ADPCP, T. XXVI, Fasc. III, sept.-dic. 1973, pgs. 487-500.
- "Heinz Mattes -In Memoriam-", en ADPCP, T. XXVII, Fasc. I, en -ab. 1974, pgs. 5-23.

- "Principios político-criminales del sistema punitivo español desde el Código de 1848", en "Criminalia", núms. 3 y 4, marzo-ab. 1974, pgs. 173-203.
- Postulados político-criminales del sistema punitivo español vigente: presupuestos para su reforma", en S.RCS, no. 10, julio de 1975, pgs. 99-113.
- "Política y derecho penal en España, Madrid, Tucur Ediciones, 1977.

BARCELLONA, Pietro, "Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici", Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1969.

- "Uso alternativo e riserva de liceità a favore della prassi 'emancipatoria'", en "L'uso alternativo del diritto", II: "Ortodossia giuridica e pratica politica", por Pietro Barcellona y otros, Bari, Editori Laterza, 1973, pgs. 125-130.

BARCELLONA, Pietro y COTURRI, Giuseppe, "El Estado y los juristas", trad. Juan-Ramón Capella, Barcelona, Editorial Fontanella, 1976.

BARCELLONA, Pietro; HART, Dieter; MICKENBERGER Ulrich, "La formación del jurista (Capitalismo monopolístico y cultura jurídica)", trad. de Carlos Lasarte, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1977.

BARTULLI, Armando, "L'interesse privato in atti di ufficio", 2a. ed., Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1974.

BAYON CHACON, Gaspar y PEREZ BOTIJA, Eugenio, "Manual de Derecho del Trabajo", v. I, 10a. ed., Madrid, Marcial Pons Distribuidor, 1977.

BECCARIA, Cesare, "De los delitos y de las penas", traducción de Juan Antonio de las Casas (reproducción de esta traducción aparecida en 1774). Introducción, Apendice ("Beccaria en España") y Notas de Juan Antonio del Val, Madrid, Alianza Editorial, 1968.

- Misma ob., Introducción, Notas y Traducción de Francisco Tomás y Valiente, Madrid, Aguilar S.A. de Ediciones, 1969.

BEHNKE, Kurt, "Disziplinarrecht und Strafrecht. Zur Reform des Disziplinarrechts", en ZB, sept.-okt. 1963, pgs. 257-277.

BELLO LANDROVE, Federico, "El Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador en España: consideraciones generales y referencia a la Ley de Orden Públi-

- co", en "Estudios Penales I", por Agustin Fernandez Albor y otros, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1977, pgs. 51-91.
- BEMMANN, Günter, "Zum Wesen der Rechtsbeugung", en GA, 1969, pgs. 65-70.
- "Wie muss der Rechtsbeugungsvorsatz beschaffen sein ?", en JZ, 1973, pgs. 547-550.
- BENDIX, Ludwig, "Die Rechtsbeugung im künftigen deutschen Strafrecht", en J, Bd. II, 1926/27, pgs. 42-75.
- BENEYTO, Juan, "El Estado como respuesta al cambio social", en REPl., no. 203, sep.-oct. 1975, pgs. 5-18.
- BENITO Y CURTO, Alejandro, "Elementos de Derecho Penal (contestaciones a la parte de legislación española del programa oficial de dicha asignatura en la Facultad de Derecho de la Universidad Central)", Madrid, 1901.
- BERISTAIN IPIÑA, Antonio, "La inhabilitación penal ayer, hoy y mañana", en RGLJ, T. LIII (221 de la colección), no. 3, sept. de 1966, pgs. 249-292.
- "Resultado y delitos de peligro", en RFDUCM, Nueva Serie Vol. XIII, núms. 34-35-36, 1969.
- BERNALDO DE QUIROS, Constancio, voz "Prevaricación", en EJE, T. 25, Barcelona Francisco Seix-Editor, s.f.
- BERNER, Albert Friedrich, "Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes", 18. Aufl., Leipzig, Verlag von Bernhard Tauchnitz, 1898.
- BETTIOL, Giuseppe, "Bene giuridico e reato", en "Scritti Giuridici", T.I, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1966, pgs. 318-329.
- "Sul reato proprio", en "Scritti Giuridici", T. I, Padova, CEDAM, 1966, pgs. 400-464.
 - "L'odierno problema del bene giuridico", en "Scritti Giuridici", T.II, Padova, CEDAM, 1966, pgs. 911-924.
 - "In tema di interesse privato in atti di ufficio", en "Studi in onore di Biagio Petrocelli", T. I, Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1972, pgs. 271-280.
- BINDING, Karl, "Die Amtsverbrechen und seine legislatorische Behandlung", en GS, Bd. LXIV, 1904, pgs. 1-21.

- "Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil", 2. Bd., 2. Abt. Leipzig, Verlag von Wilhelm Engelmann, 1905.
- "Grundriss des Deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil", 8. Aufl., Leipzig, Verlag von Felix Meiner, 1913.

BOLEA FORADADA, Juan Antonio.

"El retraso de la Administración y el silencio administrativo" en RAP, nº 51, Mayo-Agosto 1966, pgs. 303-318.

BOQUERA OLIVER, José María.

"Del recurso de queja a la queja", en RAP, nº 27, Septiembre-Diciembre 1958, pgs. 181-201.

- "Algunas dificultades de la actual regulación del silencio administrativo", en RAP, nº 30, Septiembre-Diciembre, 1959, pgs. 85-102.
- "La publicación de disposiciones generales", en RAP, no. 31, en .-ab. 1960 pgs. 57-93.
- "La facultad gubernativa de suspensión de acuerdos manifiestamente ilegales", en RAP, nº 36, sept.-dic. 1961, pgs. 109-130.

BOSCH Y SALOM, Bartolome.

"La potestad correccional en la Administración Local. Sanciones: estudio en especial de las multas municipales y gubernativas", Madrid, Publicaciones Abella, 1968.

BRASIELLO, Teucro.

"In tema di abuso di ufficio", GC, Sezioni Penali-Anno 1947, I Semestre, Serie II (Speciale), Vol. XXVII, 1948, pgs. 17-18.

BRICOLA, Franco.

"Interesse privato in atti di ufficio", en ED, T. XXII, Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1972, pgs. 47-94.

- "Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975 n. 152)", en QC, no. 2 de 1975, pgs. 221-288.

BRICOLA, Franco; SBRICOLI, Mario; NEPPI MODONA, Guido; SEPILLI, Tullio; INGRAO, Pietro.

"Per una politica criminale del movimento operaio", en QC, no. 3 de 1975, pgs. 485-514.

BULLINGER, Martin.

"Derecho Público y Derecho Privado", traducción y no

ta preliminar de Antonio Esteban Drake, Madrid, Edición: Instituto de Estudios Administrativos, 1976.

CALLIESS, Rolf-Peter.

"Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion", Frankfurt am Main, Fischer Taschenbuch Verlag, 1974.

CAMARGO HERNANDEZ, Cesar.

"La Rehabilitación. Historia, Doctrina, Derecho extranjero y español y un Apéndice conteniendo las Leyes, Decretos y Ordenes dictadas sobre la materia", Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1960.

CAPURSO, Marcello.

"I giudici della Repubblica. Giudici soggetti alla legge o giudici di fronte alla legge?", Milano, Edizioni di Comunità, 1977.

CARRIO, Genaro R.

"Sobre el concepto de deber jurídico", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966.

CASABO RUIZ, José Ramón.

"Comentarios al Código Penal", T. II, por Juan Cordoba Roda y otros, Barcelona, Ediciones Ariel, 1972.

CASALS COLLDECARRERA, Miguel.

"La responsabilidad del empleado público en el Estado de Derecho", en "Proceso a la Jurisdicción de Delitos Monetarios y a los Tribunales de Contrabando. La Libertad de expresión del Funcionario Público", Madrid, Edita: Círculo de Estudios Jurídicos, 1970, pgs. 167-181.

CASCAJO CASTRO, José Luis.

"La lucha por el Estado de Derecho", en S.RCS, núms. 17-18, abril de 1977, pgs. 159-173.

CASTEJON Y MARTINEZ DE ARIZALA, Federico.

"Derecho Penal", T. I: "Criminología General y Especial, ajustada a la legislación española vigente hasta fin de 1930", Madrid, Editorial Reus, 1931.

- "Génesis y breve comentario del Código Penal de 23 de diciembre de 1944", Separata de la RGLJ, feb.-oct. 1945, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1946.

- "Faltas penales, gubernativas y administrativas", Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1950.

CASTRO Y BRAVO, Federico DE,

"Compendio de Derecho Civil. Introducción y Derecho

de la Persona", 5a, ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1970.

CATELANI, Giulio.

"I delitti contro la Pubblica Amministrazione (artt. 314-360 C.P.). Commento teorico-pratico con annotazioni di giurisprudenza", Firenze, Editoriale Dott. Vito Majorca, 1971.

CEREZO MIR, José.

"Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa", Universidad de Valladolid, 1964.

- "Notas" a "El nuevo sistema de derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista" de Hans WELZEL, Versión castellana y notas de José Cerezo Mir, Barcelona, Ediciones Ariel, 1964.
- "Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia", en REP, no. 173, ab.-jun. 1966, pgs. 319-372.
- "Límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo", en "III Jornadas de Profesores de Derecho Penal", Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1976, pgs. 69-93. También en ADPCP, T. XXVIII, Fasc. II, mayo-ag. 1975, pgs. 159-173.
- "Curso de Derecho Penal Español. Parte General", I: "Introducción", Madrid, Editorial Tecnos, 1976.
- "La acción y la omisión como primer elemento del delito", Separata de MC, Madrid, 1977.

CERRONI, Umberto.

"La libertad de los modernos", trad. de R. de la Iglesia, Barcelona, Ediciones Martínez Roca, 1972.

- "Il problema della teorizzazione dell'interpretazione di classe del diritto borghese", en Pietro Barcellona y otros, "L'uso alternativa del diritto", I: "Scienza jurídica e análisis marxista", Bari, Editori Laterza, 1973, pgs. 3-12. Existe versión castellana en Fernando CASTILLO y otros, "Liberalismo y socialismo: Problemas de la transición. El caso chileno", Madrid, Tucur Ediciones, 1975, pgs. 205-215.

CICALA, S.

"Compendio di Diritto Penale. Lezioni pronunciate nella R. Università di Roma nell'anno accademico 1935-36", Roma, 1936.

CLAUVERO AREVALO, Manuel Francisco.

"Ambito de aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo", en RAP, no. 29, mayo-ag. 1959, pgs. 311-328.

- "¿Existen Reglamentos autónomos en el derecho español", en RAP, no. 62, mayo-ag. 1970, pgs. 9-34.

COBO DEL ROSAL, Manuel.

"Del funcionario público. Malversación de caudales, atenuante analógica y falsedad documental (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1961)", en RFDUCM, Nueva Serie, Vol. V, no. 12, 1961, pgs. 573-582.

- "Examen crítico del párrafo 3o. del artículo 119 del Código penal español (Sobre el concepto de "funcionario público" a efectos penales)", en RGLJ, T. XLIV (212 de la colección), no. 2, feb. de 1962, pgs. 213-255.
- "Revisión del problema del consentimiento en las lesiones en el Código Penal", Separata del ADPCP, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1964.

COMISION JURIDICA ASESORA.

"Ateproyecto de Reforma del Código Penal de 1870 que eleva al Gobierno la Comisión Jurídica Asesora", Madrid, 1931.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Candido.

"Encubrimiento y receptación (Ley de 9 de mayo de 1950)", Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1955.

CONTIERI, Enrico, voz

"Abuso...VI.- Abuso innominato di ufficio", en ED, T. I, Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1958, pgs. 187-190

CORDOBA RODA, Juan.

"Notas" al "Tratado de Derecho Penal. Parte General" de Reinhart Maurach, Traducción y Notas de Derecho Español por Juan Cordoba Roda, Barcelona, Ediciones Ariel, 1962.

- "Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista", Barcelona, Ediciones Ariel, 1963.
- "Comentarios al Código Penal", T.I, por Juan Cordoba Roda y Gonzalo Rodríguez Mourullo, Barcelona, Ediciones Ariel, 1972.
- Misma ob., T. II, por Juan Cordoba Roda y otros, Barcelona, Ediciones Ariel, 1972.

- "Culpabilidad y pena", Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1977.

CORTES ESPAÑOLAS.

"Diario de las Discusiones y Actas de las Cortes Extraordinarias de 1821", "Discusión del Proyecto de Código Penal", Madrid, 1822.

CRAMER, Peter.

"§ 336 StGB", en SCHÖNKE-SCHRÖDER, "Strafgesetzbuch Kommentar", 18. Aufl., München C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1976, pgs. 1795-1798.

CRESPO MONTES, Luis Fernando.

"La Ley de Procedimiento Administrativo y su aplicación en la administración militar", en DA, no. 51, marzo de 1962, pgs. 13-21.

CUELLO CALON, Eugenio.

"El nuevo Código penal español (Exposición y comentario), Libro primero, Barcelona, Librería Bosch, 1929 y Libro Segundo, Parte Primera (Artículos 215-544), Barcelona, Librería Bosch, 1930.

- "Derecho Penal", T. I: "Parte General", 17a. ed. adaptada y puesta al día por César Camargo Hernández, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1975.
- "Derecho Penal", T. II: "Parte Especial", vol. I, 14a. ed., revisada y puesta al día por César Camargo Hernández, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1975.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín.

"Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el proyecto de Código penal de 1822", en ADPCP, T. XXX, Fasc. I, en -ab. 1977, pgs. 83-110.

CHIAROTTI, Franco.

"Sulla irrelevanza dell'anulamento per illegittimità di un ordine dato dal superiore all'inferiore in materia di omissione di atti di ufficio", en RIDP, 1956, pgs. 639-648.

DAHM, Georg und SCHAFFSTEIN, Friedrich.

"Liberales oder autoritares Strafrecht?", Hamburg, hanseatische Verlagsantalt, 1933.

DIAZ, Elías.

"Estado de Derecho y sociedad democrática", 6a. ed., Madrid, Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1975.

- "El Estado democrático de Derecho y sus críticos izquierdistas", en S.RCS, núms. 17-18, abril de 1977, pgs. 51-70.

DIAZ PALOS, Fernando.

"La legítima defensa (Estudio técnico-jurídico)", Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1971.

DOMINGUEZ ORTIZ, Antonio.

"El Antiguo Régimen: Los Reyes Católicos y los Austrias" T. III, 2a. ed., de la "Historia de España Alfaguara", dirigida por Miguel Artola, Madrid, Alianza Editorial-Alfaguara, 1974.

DOU Y DE BASSOLS, Ramón Lázaro DE,

"Instituciones de derecho público general de España con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno en cualquier Estado", T. VII, Reimpresión, Barcelona, Banchs Editor, 1975.

DURIGATO, Lauretta,

"Uno studio di diritto penale socialista", Padova, CEDAM, 1976.

EBERMAYER, Ludwig

"Die Pechtsbeugung im künftigen deutschen Strafrecht", en DRiZ, 1927, pgs. 60-62.

ELIZALDE PEREZ-GRUESO, José

"Las funciones de la representación parlamentaria en el sistema político británico", Tesis doctoral inédita. Manejada y citada con permiso del autor. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1976.

ENGELS, Federico.

"El origen de la Familia, de la Propiedad Privada y del Estado", Madrid, Editorial Fundamentos, 1970.

ENGISCH, Karl.

"Zur 'Natur der Sache' im Strafrecht. Ein Diskussionsbeitrag", en "Festschrift für Eberhard Schmidt", Göttingen, Vandenoek und Ruprecht Verlag, 1961, pgs. 90-121.

ENTRENA CUESTA, Rafael.

"El acto administrativo complejo en la esfera local", en REVL, no. 95, sept.-oct. 1957, pgs. 656-676.

- "Curso de Derecho Administrativo", 5a. ed., Madrid, Editorial Tecnos, 1976.

ENZENSBERGER, Hans Magnus.

"Política y delito", trad. de Lucas Sala, Barcelona, Editorial Seix Barral, 1966.

ESCRICHE, Joaquin y otros.

Voz "Prevaricato" en "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia", Nueva ed., T. 4o., Madrid, 1876.

ESCRIBA GREGORI, José María.

"La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal", Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1976.

ESTEBAN, Jorge DE; VARELA DIAZ S.; GARCIA FERNANDEZ, F. J. LOPEZ GUERRA, L.; GARCIA RUIZ, J.L.,

"Desarrollo Político y Constitución Española", Barcelona, Ediciones Ariel, 1973.

EVERS, Hans-Ulrich,

"Die Strafbarkeit des Richters wegen Anwendung unethischer Gesetze", en DRiZ, 1955, pgs. 187-190.

FERNANDEZ RODRIGUEZ, Tomás-Ramón.

"Silencio negativo, actos firmes y actos confirmatorios", en RAP, no. 53, mayo-ag. 1967, pgs. 277-302.

- "Las medidas de policía: su exteriorización e impugnación", en RAP, no. 61, en.-ab. 1970, pgs. 125-141.

FERNANDEZ RODRIGUEZ, Tomás-Ramón y GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo,

"Curso de Derecho Administrativo, T.I, Madrid, Ediciones Civitas, 1974.

FERRAJOLI, Luigi.

"Magistratura democrática e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria", en Pietro Barcelona y otros, "L'uso alternativo del diritto", I: "Scienza giuridica e analisi marxista", Bari, Editori Laterza, 1973, pgs. 105-122.

FERRER SAMA, Antonio

"Coementarios al Código Penal", T.I. Murcia, 1946, T.II, Murcia, 1947, T. III, Murcia, 1948, T. IV, Madrid, 1956.

FITTERER, Paul.

"Erscheinungsformen und Strafzumessung bei den wichtigsten Amtsdelikten (Amtsunterschlagung, Amtsurkundendelikte, Postendungsdelikte, Bestechung)", Inaugural-Dissertation, Freiburg im Breisgau, 1951.

FREUD, Sigmund.

"Tótem y Tabú", trad. de Luis Lopez-Ballesteros y de Torres, 2a. ed., Madrid, Alianza Editorial, 1968.

- "Psicología de las masas", Trad. de Luis Lopez-Ballesteros y de Torres, Madrid Alianza Editorial, 1969.

GALLAS, Wilhelm,

"Zum Begriff der 'Falschheit' der eidlichen und uneidlichen Aussage", en GA. 1957. pgs. 315-325.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo.

"Administración y jueces: gubernativo y contencioso. Reflexiones sobre el Antiguo Régimen y el Estado Constitucional, y los fundamentos del Derecho administrativo español", Madrid, Publicaciones de la Escuela Nacional de Administración Pública, 1971.

- "Ley y Reglamento en el Derecho Público Occidental", Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1971.

GALLO, Marcello,

"Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata", en RIDP, 1949, pgs. 560 y sgts.

- voz "Dolo (Diritto penale)", en ED, T. XIII, Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1964, pgs. 750-804.

GAMBERINI, Alessandro e STORTONI, Luigi.

"La política criminal della classe dominante: razionalità e ideologia", en QC, no. 1 de 1975, pgs. 121-135.

GARCIA GOYENA, Florencio y AGUIRRE, Joaquin,

"Febrero o librería de Jueces, Abogados y Escribanos (comprehensiva de los códigos civil, criminal administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislación hoy vigente)", T. V, 4a. ed., Imprenta y librería de Gaspar y Roig editores, Madrid, 1852.

GARCIA DE CORTAZAR, José Angel.

"La época medieval", T. II, 2a. ed., de la "Historia de España Alfaguara", dirigida por Miguel Artola, Madrid, Alianza Editorial-Alfaguara, 1974.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo

"Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición", en RAP, no. 29, mayo-ag. 1959, pgs. 161-185.

- "Sobre silencio administrativo y recurso contencioso", en RAP, no. 47, mayo-ag. 1965, pgs. 207-227.
- "Revolución francesa y Administración contemporánea", Madrid, Taurus Ediciones, 1972.
- (CATEDRA DEL PROFESOR), "Apuntes de Derecho Administrativo 1º", T. II, Madrid, Facultad de Derecho, 1973.
- "La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)", Madrid, Ediciones Civitas, 1974.

- "Sobre los derechos públicos subjetivos", en REDA, no. 6, sept.-dic. 1975, pgs. 427-446.
- "El problema jurídico de las sanciones administrativas", en REDA, no. 10, jul.-ag. 1976, pgs. 399-430.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ RODRIGUEZ, Tomás-Ramón.

"Curso de Derecho Administrativo", T.I, Madrid, Ediciones Civitas, 1974.

GARCIA OVIEDO, Carlos.

"Las contravenciones de policía", en RGLJ, T. 149-No. VI, dic. de 1926, pgs. 601-637.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio

"El llamado "Derecho Penal Político de nuevo cuño", en sus presupuestos y directrices", en CPCr., no. 2, 1977, pgs. 51-66.

- "Asociaciones ilícitas en el Código penal", Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1977.

GARDON, Gratien.

"Relaciones entre acción penal y acción disciplinaria y límite respectivo de las dos acciones. Primera parte: Disposiciones de fondo", en "Congreso Internacional de Derecho Penal Militar (Bruselas 14-16 mayo 1959). Ponencias generales", Madrid, Instituto Francisco de Vitoria, Sección de Derecho Militar, 1960, pgs. 3-18.

GARRIDO FALLA, Fernando.

"La llamada doctrina del silencio administrativo", en RAP, no. 16, en.-ab. 1955, pgs. 85-115.

- "El silencio administrativo en la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa", en REVL, no. 91, en.-feb. 1957, pgs. 51-65.
- "Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas", en RAP, no. 28, en.-ab. 1959, pgs. 11-50.
- "Tratado de Derecho Administrativo", vol. I: "Parte General", 6a. ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1973.

GAVAZZI, Ugo.

"Dei delitti contro la pubblica Amministrazione", en "Trattato di Diritto Penale" por R. Babboni y otros, 2a. ed., Vol. IV, Milano, Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, s.f.

- GERLAND, Heinrich B.,
 "Deutsches Reichsstrafrecht. Ein Lehrbuch", Berlin
 und Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1932.
- GIANNINI, Massimo Severo.
 "Lezioni di diritto amministrativo", Vol. 10., Mila-
 no, Dott. A. Giuffr -Editore, 1950.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique.
 "Autor y cómplice en Derecho Penal", Universidad de
 Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicacio-
 nes e Intercambio, 1966.
- "El sistema del Derecho Penal en la actualidad", Se-
 parata del ACJ, Madrid, 1971.
 - " Tiene un futuro la dogmática jur dicopenal?", en
 "Estudios de Derecho penal", Madrid, Editorial Civi-
 tas, 1976, pgs. 57-82. También en "Problemas actua-
 les de Derecho penal y procesal", Secretariado de
 Publicaciones e Intercambio Científico de la Univer-
 sidad de Salamanca, 1971, pgs. 87-109. También en
 "Problemas actuales de las ciencias penales y la fi-
 losof a del Derecho. En Homenaje al Profesor Luis
 Jiménez de Asúa", Buenos Aires, Ediciones Pannedi-
 lla, 1970, pgs. 495-523.
 - "Acerca del dolo eventual", en "Estudios de Derecho
 penal", Madrid, Editorial Civitas, 1976, pgs. 123-
 151.
- GIOFFREDI, Carlo.
 "I Principi del Diritto Penale Romano", Torino, G.
 Giappichelli.-Editore, 1970.
- GIOVANNI, Biagio DE,
 "Significato e limiti del "riformismo" giuridico",
 en Pietro Barcellona y otros, "L'uso alternativo del
 diritto", I: "Scienza giuridica e analisi marxista",
 Bari, Editori Laterza, 1973, pgs. 253-269.
- GOMEZ FERRER, Rafael.
 "Resoluciones tardías y conflictos de intereses pri-
 vados", en RAP, no. 68, mayo-ag. 1972, pgs. 187-220.
- GOMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBAN, Juan Manuel,
 "Elementos de Derecho Civil y Penal de España", T.
 3o., 4a. ed., Madrid, 1851.
- GONZALEZ MARIN S, Pedro.
 "Reflexiones sobre el Derecho disciplinario: delimi-
 tación de la llamada 'falta de probidad'", en DA, no.
 150, nov.-dic. 1972, pgs. 61-88.

GONZALEZ NAVARRO, Francisco.

"El procedimiento sancionador del Código de la circulación", en RAP, no. 43, en.-ab. 1964, pgs. 403-419.

GONZALEZ NIETO, E.

"Responsabilidad de los miembros y funcionarios de las Entidades locales", en REVL, no. 77, sept.-oct. 1954, pgs. 665-702.

GONZALEZ PEREZ, Jesús.

"El silencio administrativo en la nueva Ley de Procedimiento", en DA, núms. 8-9, ag.-sep. 1958, pgs. 35-42.

- "El procedimiento administrativo", Madrid, Publicaciones Abella, 1964.
- "El administrado", Madrid, Publicaciones Abella, 1966.
- "Derecho Procesal Administrativo", T. II, 2a. ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966.
- "El silencio administrativo y los interesados que no incoaron el procedimiento administrativo", en RAP, no. 68, mayo-ag. 1972, pgs. 235-244.
- "La justicia administrativa en España", Madrid, Ediciones Civitas, 1974.

GONZALEZ RIVERO, Angel.

"El silencio administrativo en el Derecho español", en REVL, no. 111, mayo-jun. 1960, pgs. 329-381.

GONZALEZ-BERENGUER URRUTIA, José Luis.

"La Ley de Procedimiento administrativo y su aplicación a las Corporaciones Locales", en DA, no. 14, feb. 1959, pgs. 29-38.

- "La reforma de la legislación local a la luz de la ley de Procedimiento", en REVL, no. 118, jul-ag. 1961, pgs. 486-499.

GOVERNATORI, Federico.

"Stato e cittadino in tribunale. Valutazioni politiche nelle sentenze", Bari, Editori Laterza, 1970.

GRANATA, Luigi

"I lineamenti dell'abuso di ufficio e la inefficacia dell'attuale formula legislativa", en GP, Vol. LX (X della 6a. Serie), Parte Seconda, 1955, cols. 752-754.

GRIECO, Antonio.

"Abuso innominato di ufficio", en GP, 1950, Parte Seconda, cols. 261-269.

GROIZARD Y GOMEZ DE LA SEPNA, Alejandro.

"El Código Penal de 1870 Concordado y Comentado", 2a. ed., T. III, Madrid, 1911, T. IV, Madrid, 1912.

GROSSO, Carlo Federico,

"Commissione di un atto di ufficio e responsabilità ex art. 324 C.p.", en RIDPP, 1965, pgs. 139-153.

- "Pubblico ufficiali che partecipa ad una deliberazione che giova a lui stesso o ad un terzo: interesse privato in atti di ufficio, abuso innominato o fatto penalmente irrelevante?", en RIDPP, 1966, pgs. 231-239.

GUATA, Aurelio.

"Lo que no se ha revisado de la Ley de Procedimiento Administrativo", en DA, no. 75, marzo de 1964, pgs. 9-20.

- "Los recursos de queja y nulidad en el procedimiento administrativo español", en "Estudios dedicados al Profesor Gascon y Marin en el cincuentenario de su docencia", Madrid, Instituto de Estudios de la Administración Local, 1952, pgs. 507-526.

GUTIERREZ FERNANDEZ, Benito.

"Examen Histórico del Derecho Penal", Madrid, 1866.

HABERMAS, Jürgen.

"Problemas de legitimación en el capitalismo tardío", Buenos Aires, Ed. Amorrortu, 1975.

HAFTER, Ernst,

"Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil", Zweite Hälfte: "...Amts- und Berufsdelikte", Berlin, Springer-Verlag, 1943, pgs. 823-862.

HÄLSCHNER, Hugo.

"Das gemeine deutsche Strafrecht", zweiter Bd., zweite Abt., Bonn, Verlag von Adolph Marcus, 1887.

HAVER,

"Rechtsbeugung im Steuerverwaltungsverfahren", en NJW, 1956, II, pgs. 1092-1095.

HEINITZ, Ernst.

"Probleme der Rechtsbeugung", Veröffentlichung der Freien Universität Berlin, Colloquium Verlag, 1963.

HENKEL, Heinrich,

"Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip", en "Festschrift für Edmund Mezger", München und Berlin, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1954, pgs. 249-309.

HENNING, Otto.

"Die Rechtsbeugung im geltenden Recht und in den deutschen Strafgesetzentwürfen unter Berücksichtigung der Amtlichen Entwürfe eines Allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches von 1925 und 1927", Inaugural-Dissertation, Heilderberg, 1929.

HERDEGEN, Gerhard,

"§ 336", en "Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar", 9. Aufl., Herausgegeben von Paulheinz Baldus y Günther Willms, 13 Lieferung, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1972.

HERRMANN, Helmut,

"Zum Begriff der Gefahr, insbesondere der Gemeingefahr im deutschen Strafrecht", Inaugural-Dissertation, Düsseldorf, 1939.

HIPPEL, Robert VON.

"Deutsches Strafrecht", Zweiter Bd.: "Das Verbrechen Allgemeiner Lehrer", Berlin, Verlag von Julius Springer, 1930.

- "Lehrbuch des Strafrechts", Berlin, Verlag von Julius Springer, 1932.

HIRSCH, Hans-Joachim

Recensión a "Das Verbrechen der Rechtsbeugung" de Manfred Seebode, en ZStW, 1970, pgs. 427-438.

HUBRICH, Eduard,

"Die Entwicklung der Kriminal- und Disciplinarstrafgewalt gegenüber dem preussischen Beamtentum und ihre Bedeutung für das Reichsrecht", en GS, Bd. LXXV, 1910, pgs. 53-125.

HUERTA FERRER, Antonio,

"La relación de causalidad en la teoría del delito", Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1948.

HUERTA TOCILDO, Susana.

"Aborto con resultado de muerte o lesiones graves", Madrid, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1977.

- "¿Hacia una nueva interpretación de la atenuante séptima del artículo noveno?", en CPCr., no. 2, 1977, pgs. 67-85.

IGLESIA FERREIROS, Aquilino

"Historia de la traición. La traición regia en León y Castilla", Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1971.

INFANTINI, Francesco.

L'abuso della qualità o delle funzioni di pubblico ufficiale in diritto penale", Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1974.

ISLE (Istituto per la Documentazione e gli Studi Legislativi).

"Delitto di peculato e illecito amministrativo", Atti del Covegno, Documentazione, Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1967.

JANNITTI PIROMALLO, Alfredo

"Elementi di Diritto Penale. Parte Speciale", Roma, Edizioni Italiane, s.f.

JARAMILLO GARCIA, Antonio,

"Novísimo Código Penal, comentado y cotejado con el de 1870", vol. II, Salamanca, 1929.

JASO ROLDAN, Tomás

"Derecho Penal", T. II: "Parte Especial", por J.A. Rodríguez Muñoz, T. Jaso Roldan y J..M. Rodríguez Devesa, Madrid, 1949.

JESCHECK, Hans-Heinrich.

"Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil", 2. Aufl., Berlin, Duncker & Humblot, 1972.

JIMENEZ DE ASUA, Luis

"La Legislación penal de la República española", Madrid, Editorial Reus, 1932.

- "Código penal reformado de 27 de octubre de 1932 y Disposiciones penales de la República", Madrid, Editorial Reus, 1934.
- "Tratado de Derecho Penal", T. III: "El Delito", 3a. ed., Buenos Aires, Editorial Losada, 1965.
- Misma ob.. T. V: "La Culpabilidad", 2a. ed., Buenos Aires, Editorial Losada, 1963.

JIMENEZ DE ASUA, Luis y ANTON ONECA, José.

"Derecho Penal (conforme al Código de 1928)", T. II: "Parte Especial", Madrid, Editorial Reus, 1929.

JORGE BARREIRO, Agustin

"Las medidas de seguridad en el Derecho español. Un estudio de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970, y de la doctrina de la Sala de Apelación de Peligrosidad", Madrid, Editorial Civitas, 1976.

KAUFMANN, Armin

"Der dolus eventualis im Deliktsaufbau", en ZStW, Bd.

70, 1958, pgs. 64-86.

KAUFMANN, Arthur.

"Die finale Handlungslehre und die Fahrlässigkeit",
en JuS, 1967, pgs. 145-152.

KANTOROWICZ, Hermann.

"Rechtswissenschaft und Soziologie", en "Rechtswissenschaft und Soziologie", Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre, Herausgegeben von Thomas Würtenberger
Karlsruhe, Verlag C.F. Müller, 1962, pgs. 117-144.

KOHLER, Josef

"Über den Begriff der Rechtsbeugung", en DJ, 1904,
pgs. 613 y sgs.

- "Leitfaden des Deutschen Strafrechts", Leipzig, A.
Deichert'sche Verlagsbuchhandlung, 1912.

KOHLRAUSCH, Eduard- LANGE, Richard.

"Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen",
43. Aufl., Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1961.

LANDROVE DIAZ, Gerardo.

"Sobre una inadvertida modificación del artículo 544
del Código penal", Separata del ADPCP, Madrid, Instituto de Estudios Jurídicos, 1967.

- "Las consecuencias jurídicas del delito", Barcelona,
Bosch Casa Editorial. 1976.

LANGLE RUBIO, Emilio.

"Código Penal de 17 de Junio de 1870. Reformado por
las Leyes dictadas posteriormente hasta el día. Anotado con indicaciones doctrinales, referencias aclaratorias y Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Adicionado con disposiciones penales complementarias",
Madrid, Hijos de Reus Editores, 1915.

LANZA, Vincenzo,

"Diritto Penale Italiano", Vol. II: "Dottrina dei
singoli reati", Torino, Unione Tipografico-Editrice
Torinese, 1910.

LASO, Eustaquio,

"Elementos de Derecho Penal de España. Formados con
arreglo al programa de tercer año de jurisprudencia",
Madrid, 1849.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis.

"Administración y Sociedad", Madrid, Publicaciones
del Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, 1964.

LEGUINA VILLA, Jesús

"Legitimación, actos administrativos generales y reglamentos. El valor normativo de las disposiciones organizatorias", en RAP, no. 49, en.-ab. 1966, pgs. 193-224.

- "La potestad gubernativa de suspensión de acuerdos locales que infrinjan manifiestamente las leyes: alcance y límites", en RAP, no. 82, en.-ab. 1977, pgs. 9-25.

LEVI, Nino,

"Delitti contro la pubblica Amministrazione (Titolo III del Libro II del Codice Penale)", en "Trattato di Diritto Penale", coordinato da Eugenio Florian, 4a. ed., Milano, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1935.

LINDE PANIAGUA, Enrique

"Silencio negativo y posibilidad de recurrir con arreglo al artículo 58 de la LJCA", en RAP, no. 83, mayo-ag. 1977, pgs. 283-286.

LISZT, Franz VON

"Der Begriff des Rechtsguttes im Strafrecht und in der Encyclopädie des Rechtswissenschaft", en ZStW, Bd. 8, 1888, pgs. 133 y sgs.

LISZT, Franz VON - SCHMIDT, Eberhard

"Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil", 25. Aufl., Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1927.

LOLLINI, Silvio,

"Dei delitti contro la pubblica amministrazione (Libro II Titolo III del Codice penale)", en "Enciclopedia del diritto penale italiano", raccolta di monografie a cura di Enrico Pessina, Vol. 7o., Milano, Società Editrice Libreria, 1907.

LOPEZ ARANGUREN, José Luis

"Ética y Política", Madrid, Ediciones Guadarrama, 1963.

- "El marxismo como moral", Madrid, Alianza Editorial 1968.

LOPEZ RAMON, Fernando

"Aprobación de planes de urbanismo por silencio administrativo (El cómputo del plazo)", en RAP, no. 82, en.-ab. 1977, pgs. 177-210.

LOPEZ RODO, Laureano,

"Necesidad de una nueva regulación del silencio administrativo en nuestro Derecho", en REVL, no. 89, sept.-oct. 1956, pgs. 657-665.

LOPEZ-REY, Manuel,

"La reforma del Código Penal Español 5 de noviembre de 1932", Separata de la RDPco., no. 11, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1932.

- "Derecho Penal (obra ajustada al programa de 24 de junio de 1935 para el primer ejercicio de las oposiciones a ingreso en el cuerpo de aspirantes a la judicatura)." T. II: "Parte Especial", Madrid, Editorial Reus, 1935.

LOPEZ-REY Y ARROJO, Manuel y ALVAREZ-VALDES, Felix

"El Nuevo Código Penal, notas, jurisprudencia, etc., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, s.f. (¿1.933?).

LUCAS VERDU, Pablo

"La lucha por el estado de derecho", Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1975.

LUZON PEÑA, Diego-Manuel

"Aspectos esenciales de la legítima defensa", Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1978.

MAGALDI, María José

"La legítima defensa en la Jurisprudencia Española. Análisis de los apartados 4o., 5o. y 6o. del art. 8o. del Código penal", Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1976.

MAGGIORE, Giuseppe,

"Diritto Penale", Vol II: "Parte Speciale. Delitti e contravvenzioni", T. 1o.: Art. 241-art. 544, 4a. ed., Bologna, Nicola Zanichelli Editore, 1960.

MALINVERNI, Alessandro,

"Pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio nel diritto penale", Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1951.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis

"Las inhabilitaciones y suspensiones en el Derecho positivo español", en ADPCP, T. XXVIII, Fasc. II, mayo-ag. 1975, pgs. 175-228.

MANZINI, Vincenzo

"Trattato di Diritto Penale Italiano", Vol V., Milano-Torino-Roma, Fratelli Bocca Editori, 1913.

- Misma ob., 4a. ed. aggiornata dai professori P. Nuvo-lone e G.D. Pisapia, Vol. V: "Dei delitti contro la pubblica amministrazione e l'amministrazione della giustizia", Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1962.

- "Trattato di Diritto Penale Italiano secondo il codice de 1930", Vol. V, Torino, UTET, 1937.

MARQUEZ AZCARATE, José

"Código Penal texto revisado de 1963", Madrid, Aguilar S.A. de Ediciones, 1964.

MARTIN MATEO, Ramón

"Silencio positivo y actividad autorizante", en RAP, no. 48, mayo-ag. 1965, pgs. 205-239.

MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo

"Actos administrativos generales y reglamentos. Sobre la naturaleza de la convocatoria de oposiciones", en RAP, no. 40, en.-ab. 1963, pgs. 225-249.

- "Sanciones penales y sanciones gubernativas", en "Problemas actuales de Derecho penal y procesal", Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Salamanca, 1971, pgs. 9-18.

MARTINEZ USEROS, Enrique,

"La teoría del silencio administrativo en el régimen jurídico municipal español", en REVL, no. 32, marzo-ab. 1947, pgs. 165-189.

MARTINEZ-ALCUBILLA, Marcelo

"Códigos Antiguos de España (Colección completa de todos los Códigos de España desde el Fuero Juzgo hasta la Novísima Recopilación)", Madrid, 1885-86.

- Voz "Prevaricación", en "Diccionario de la Administración Española", 6a. ed. Madrid, 1925.
- "Código Penal de 8 de Septiembre de 1928. Ajustado a las rectificaciones publicadas por R.O. 30 de Octubre y R. D.-Ley 10 de Diciembre de 1928, con notas y concordancias", Apéndice al "Diccionario de la Administración Española", Madrid, 1928.

MARTINEZ RUIZ, Luis Fernando

"Los límites del poder discrecional de la autoridad administrativa (Una introducción al Derecho de lo contencioso-administrativo)", Parte IV ("Conclusión"), en IJ, no. 317, ab.-jun. 1973, pgs. 69-103.

MARUCCI, Alberto

"Il dolo specifico nel reato di abuso di ufficio", en GC, Sezioni Penali-Anno 1947, I Semestre, Serie II (Speciale), Vol. XXVII, 1948, pgs. 18-20.

MARX, Karl,

"Critique of Hegel's 'Philosophy of Right'", trad. del alemán al inglés por Annette Jolin y Joseph O'Malley, Introducción y notas de Joseph O'Malley,

Cambridge at the University Press, 1970.

MAURACH, Reinhart

"Zur Problematik der Rechtsbeugung durch Anwendung sowjetzonalen Rechts", en ROW, 1958, pgs. 177 y sgs.

- "Tratado de Derecho Penal. Parte General", Traducción y notas de Derecho Español por Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ediciones Ariel, 1962.
- "Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil. Ein Lehrbuch", 5. Aufl., Karlsruhe, Verlag C.F. Müller, 1969.

MELOSSI, Darío

"Istituzioni di controllo sociale e organizzazione del lavoro: alcune ipotesi di ricerca", en OC, núms. 2-3 de 1976, pgs. 293-317.

MENOR, Enrique,

"Principios de Derecho Penal (Arreglados al programa oficial de esta asignatura para ingreso en el cuerpo de Aduanas)", Madrid, 1902.

MEREU, Italo

"Storia del Diritto Penale nel '500", Napoli, Morano Editore, 1964.

MERKEL, A.,

"Lehrbuch des Deutschen Strafrechts", Stuttgart, Verlag von Ferdinand Ente, 1889.

MESTRE, Esteban

"Los delitos electorales en España (1812-1936)", Madrid, Editora Nacional, 1977.

MEVES,

"Die Amtsverbrechen", Cap. XXIX del "Handbuch des Deutschen Strafrechts", herausgegeben von Fr. v. Holtzendorff, 3. Bd., Berlin, C.G. Lüdertitz'sche Verlagsbuchhandlung, Carl Habel, 1974, pgs. 915-1018.

- "Die Amtsverbrechen (Zu Abschnitt XXIX)", último apartado del cap. XI ("Die Verbrechen den Staat"), del "Handbuch des Deutschen Strafrechts", herausgegeben von Fr. v. Holtzendorff, 4 (Supplement) Bd., Berlin, Verlag von Carl Habel (C.G. Lüdertitz'sche Verlagsbuchhandlung), 1877, pgs. 338-352.
- "Das Wesen der Amtsdelichte und ihre Eintheilung", en GS. Bd. XXXIX, 1887, pgs. 216-235.

MEYER, Hugo

"Lehrbuch des Deutschen Strafrechts", 5. Aufl., Leipzig, A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung, 1895.

MEZGER, Edmundo

"Tratado de Derecho Penal", 2a. ed., traducida, revisada y puesta al día por José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1946.

MEZGER, Edmund - BLEI, Hermann

"Strafrecht", II: "Besonderer Teil", 9. Aufl., München und Berlin, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1966.

- BLEI, Hermann, "Strafrecht", II: "Besonderer Teil. Ein Studienbuch", 10. Aufl. des von Edmund Mezger Begründeten Werkes München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1976.

MILLAN GARRIDO, Antonio,

"El delito de acusación y denuncia falsas", en IJ. no. 317, ab.- jun. 1973, pgs. 15-50.

MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO

"Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale", Vol. 5, Parte II, Roma, Provveditorato generale dello Stato - Libreria, 1929.

MIR PUIG, Santiago,

"Los términos "delito" y "falta" en el Código penal", Separata del ADPCP, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1973.

- "Matrimonios ilegales en el Código penal", en ADPCP, T. XXVII, Fasc. III, sept.-dic. 1974, pgs. 433-480.
- "Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método", Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1976.

MOLINARI TOSATI, Geminiano

"Gli abusi commessi dai deputati a senatori nell'esercizio delle loro funzioni e la sanzione parlamentare", en RP, Vol. XXXVII (VII^a della Terza Serie), 1893, pgs. 526-547.

MONTERO HIDALGO, Carlos

"Informe-contestación a las 46 preguntas que comprenden el interrogatorio sobre el Código Penal circulado con la R.-O. de 20 de abril de 1851", Sevilla, 1852.

MONTORO PUERTO, Miguel

"La infracción administrativa. Características, manifestaciones y sanción", Barcelona, Ediciones Nauta, 1965.

- "Régimen disciplinario de la Ley de funcionarios civiles del Estado", Madrid, Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, 1965.

- MONTOYA MELGAR, Alfredo
 "Derecho de Trabajo", I: "Concepto y evolución", Murcia, Escuela Social de Murcia, 1973.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo
 "Los delitos electorales (Aspectos penales del Real Decreto-Ley 20/1977 de 18 de marzo, sobre normas electorales)", Universidad de Granada, Facultad de Derecho, 1977.
- MUÑOZ CONDE, Francisco
 "Introducción" a la traducción de "Política Criminal y Sistema del Derecho Penal" de Claus Roxin, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1972.
- "Introducción al Derecho Penal", Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1975.
 - "Derecho Penal. Parte Especial", 2a. ed., Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1976.
 - "Delitos electorales (Breve glosa y comentario al Título VIII del Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre Normas Electorales)", en CPCr., no. 2, 1977 pgs. 165-179.
- MUSIELAK, Hans-Joachim
 "Die Rechtsbeugung (§ 336 StGB)", Inaugural-Dissertation, Köln, 1960.
- NEPPI MODONA, Guido,
 "Il reato impossibile", Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1965.
- NIETHEAMMER, Emil
 "Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrechts", Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1950.
- NIETO GARCIA, Alejandro
 "La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo", en RAP, no. 37, en, -ab. 1962, pgs. 75-126.
- "Problemas capitales del Derecho disciplinario", en RAP, no. 63, sept.- dic. 1970, pgs. 39-83.
- NÚÑEZ BARBERO, Ruperto
 "El delito imposible", Universidad de Salamanca, 1963.
- "La reforma penal de 1870", Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Salamanca, 1969.
 - "Derecho penal militar y Derecho penal común", en "Problemas actuales de Derecho penal y procesal",

Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Salamanca, 1971, pgs. 19-46.

- "El delito culposo (Su estructura en la dogmática actual)", Secretariado de Publicaciones e intercambio Científico de la Universidad de Salamanca, 1975.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio

"El bien jurídico protegido en los capítulos VI y VIII del Título II del Código penal (Comentario a algunas Sentencias del Tribunal Supremo dictadas sobre la materia en los últimos años)", en CPCr., no. 1, 1977, pgs. 115-134.

OPPENHEIM, L.

"Die Rechtsbeugungsverbrechen (§§ 336, 343, 344) des Deutschen Reichsstrafgesetzbuches. Eine kriminalistische Monographie", Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot, 1886.

ORTEGO COSTALES, José

"Ensayo sobre la Parte Especial del Derecho Penal", Secretariado de Publicaciones de la Universidad de La Laguna, 1959.

ORTIZ DE ZUÑIGA, Manuel y CASTRO Y OROZCO, José DE

"Código Penal explicado para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones", Granada, 1848.

ORTS BERENGUER, Enrique

"Consideraciones críticas en torno a los tipos penales del Real Decreto-Ley 20/1977 de 18 de marzo, sobre normas electorales", en CPCr., no. 3 1977, pgs. 271-287.

OTTO, Harro,

"Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte. Ein Lernbuch", Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1977.

PACHECO, Joaquín Francisco

"El Código Penal concordado y comentado", 2a. ed., Madrid 1856.

PAGLIARO, Antonio,

"Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione", Milano, Dott.A. Giuffrè-Editore, 1977.

PANNAIN, Remo

"I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione", Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1966.

PARADA VAZQUEZ, José Ramón

"La responsabilidad criminal del funcionario público y sus obstáculos: Autorización previa, prejudicialidad administrativa y cuestiones previas", en RAP, no. 31, en.-ab. 1960, pgs. 95-149.

- "Derecho administrativo, Derecho privado y Derecho garantizador", en RAP, no. 52, en.-ab. 1967, pgs. 59-99.
- "El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal", en RAP, no. 67, en -ab. 1972, pgs. 41-93.

PAŠUKANIS, Evgeni B.,

"Teoría General del Derecho y Marxismo", Presentación y traducción de Virgilio Zapatero, Barcelona, Editorial Labor, 1976.

PATALANO, Vincenzo

"Significato e limiti della dommatica del reato di pericolo", Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1975.

PEDRAZZI, Cesare

"Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio", Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1955.

- "Millantato credito, trafic d'influence, influence peddling", en RIDPP, 1968, pgs. 913-969.

PEREZ HERNANDEZ, A.,

"El silencio administrativo en la Ley 8-II-1944", en RAP, no. 2, mayo-ag, 1950, pgs. 131-142.

PERIS GOMEZ, Manuel

"Juez, Estado y Derechos Humanos", Valencia Fernando Torres-Editor, 1976.

PESSINA, Enrico,

"Manuale del Diritto Penale Italiano", Parte Seconda: "Norme speciali sui delitti", Napoli, Eugenio Margheri, 1895.

PIOTET, Paul

"La participation aux délits spéciaux, en doctrine générale et en droit pénal suisse", Montreux, Imprimerie Gauguin & Lanbscher, 1950.

- "Systematik de Verbrechenselemente und Teilnahmelehre", en ZStW, Bd. 69, 1957, pgs. 14-42.

PISAPIA, Gian Domenico,

"Istituzioni di Diritto Penale. Parte Generale e Parte Speciale", Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1965.

POLAINO NAVARRETE, Miguel

"Los elementos subjetivos del injusto en el Código Penal español", Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1972.

- "El bien jurídico en el Derecho Penal", Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974.

POULANTZAS, Nicos

"El examen marxista del Estado y del derecho actuales y la cuestión de la 'alternativa'", en "Marx, el Derecho y el Estado", por U. Cerroni, R. Miliband, N. Poulantzas y L. Tadic, Selección, traducción e Introducción de Juan Ramón Capella, Barcelona, oikos-tau s.a.-ediciones, 1969, pgs. 77-107. También, bajo el título "La teoría marxista del Estado y del derecho y el problema de la 'alternativa'", en "Hegemonía y dominación en el Estado moderno", trad. María T. Poyrazian, 3a. ed. en español, en "Cuadernos de Pasado y Presente" no. 48, Córdoba (Argentina), 1975, pgs. 11-41.

- "Poder político y clases sociales en el Estado capitalista", trad. de Florentino M. Torner, 4a. ed. en español, siglo veintiuno de españa editores, Madrid, 1972.

PRADILLA, Francisco DE LA

"Suma de las leyes Penales", Madrid, 1639.

PREUSS, Ulrich K.,

"Sul contenuto di classe della teoria tedesca dello Stato di diritto", en Pietro Barcellona y otros, "L'uso alternativo del diritto", I: "Scienza giuridica e analisi marxista", Bari, Editori Laterza, pgs. 15-34.

PUIG PEÑA, Federico

"Derecho Penal", T. III: "Parte Especial", 6a. ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.

QUINTANO RIPOLLES, Antonio

"Derecho Penal de la Culpa (Imprudencia)", Barcelona, Editorial Bosch, 1958.

- "Compendio de Derecho Penal", T. I: "Parte General", T. II: "Parte Especial", Adaptados al programa de Oposiciones a la Escuela Judicial, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.
- "Curso de Derecho Penal", vol. I: "Parte General", vol. II: "Parte Especial", Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963.

- "Comentarios al Código Penal", 2a. ed. renovada por el autor y puesta al día en textos jurisprudenciales y bibliográficos por Enrique Gimbernat Ordeig, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1966.
- "Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal", T. IV: "Infracciones contra la comunidad social", coordinado por Enrique Gimbernat Ordeig, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1966.
- Misma ob., T. I, Vol. I: "Infracciones contra la persona en su realidad física", 2a. ed. puesta al día por Enrique Gimbernat Ordeig, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1972.
- Misma ob., T. I, Vol. II: "Infracciones contra la personalidad", 2a. ed. puesta al día por Enrique Gimbernat Ordeig, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1972.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, "El nuevo delito de cheque en descubierto (artículo 563 bis b), del Código Penal)", Separata de la RGLJ, diciembre de 1972, Madrid, Editorial Reus.
- "Los delitos especiales y la teoría de la participación", Barcelona Editorial Cymys, 1974.
- "Represión penal y estado de derecho", Barcelona, Editorial Dírosa 1976.

RADBRUCH, Gustav,

"Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes", en "Derecho injusto y derecho nulo", Introducción, traducción y selección de textos de José María Rodríguez Paniagua, Madrid, Aguilar S.A. de Ediciones 1971, pgs. 3-22.

RANIERI, Silvio

"Manuale di Diritto Penale", vol. 2o. "Parte Speciale. I singoli delitti (Tit. I-VII)", 2a. ed., Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1962.

REICHARDT, Carl

"Kurzgefasster Lehrbuch des deutschen Strafrechts (RStGB in der Fassung vom 19. Juni 1912)", Karlsruhe, F. Langs Buchhandlung, 1912.

RENDE, Domenico

"Esistono reati senza evento?", en RDP, 1935, vol. I, pgs. 663-676.

RICCIO, Stefano,

"I delitti contro la Pubblica Amministrazione", Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1955.

- "Abuso di ufficio", en NsDI, I-1 (A-AP), 3a. ed., Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1957, pgs. 107-120.

ROCCO, Arturo

"L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale (contributo alle teorie generale del reato e della pena)", Milano-Torino-Roma, Fratelli Bocca Editori, 1913.

RODOTA, Stefano,

"Ipotesi sull diritto privato", en Stefano Rodotà, "Il diritto privato nella società moderna" (Saggi a cura di...), Bolonia, Società Editrice Il Mulino, 1971, pgs. 15-27.

RODRIGUEZ DEVESA, José María

"La obediencia debida en el Derecho penal militar", Separata de la REDM, no. 3, Madrid, Instituto Francisco de Vitoria, Sección de Derecho Militar, 1957.

- "La "acción penal" y la "acción disciplinaria" en el Derecho militar español" (Comunicado al I Congreso Internacional de Derecho Penal Militar de Bruselas), Madrid, Separata del no. 7 de la REDM, Instituto Francisco de Vitoria, Sección de Derecho Militar, 1959.
- "La subordinación militar en derecho comparado. Necesidad de una regulación uniforme de los efectos jurídico-penales de la relación de subordinación", Separata de la REDM, Madrid, Instituto Francisco de Vitoria, Sección de Derecho Militar, 1961.
- "Derecho Penal Español. Parte General", 5a. ed., Madrid, 1976.
- "Derecho Penal Español. Parte Especial", 7a. ed. Madrid, 1977.

RODRIGUEZ MORO, Nemesio, "La ejecutividad del acto administrativo (con especiales referencias a lo municipal)", Madrid, Publicaciones del Instituto de Estudios de Administración Local, 1949.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo

"La imprudencia simple sin infracción de reglamentos en el Código Penal", Separata del ADPCP, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1963.

- "La presunción legal de voluntariedad", Separata del ADPCP, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1965.

- "Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad", Separata de la RGLJ, diciembre de 1965, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1965.
- "La omisión de socorro en el Código penal", Madrid, Editorial Tecnos, 1966.
- "La simulación de delito", Separata de la RGLJ, diciembre de 1966, Madrid, Editorial Reus, 1966.
- "El autor mediano en el Derecho penal español", en ADPCP, T. XXII, Fasc. III, 1969, pgs. 461-487. También en "Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho. En homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa", Buenos Aires, Ediciones Pannedille, 1970, pgs. 561-591.
- "Comentarios al Código Penal", T. I, por Juan Cordoba Roda y Gonzalo Rodríguez Mourullo, Barcelona, Ediciones Ariel, 1972.
- Misma ob., T. II, por Juan Cordoba Roda y otros, Barcelona, Ediciones Ariel, 1972.
- "La legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo", Madrid, Editorial Civitas, 1976.
- "Derecho penal. Parte General", T. I, Madrid, Editorial Civitas, 1977.

RODRIGUEZ MUÑOZ, José Arturo.

"Notas" al "Tratado de Derecho penal" de Edmundo Mezguer, 2a. ed. revisada y puesta al día, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1946.

RODRIGUEZ PANIAGUA, José María

"Ley y Derecho. Interpretación e integración de la ley", Madrid, Editorial Tecnos, 1976.

RODRIGUEZ RAMOS, Luis

"Libertades Cívicas y Derecho Penal (Sobre los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes)", Madrid, Editorial Tecnos, 1975.

- "El "resultado" en la teoría jurídica del delito", en CPCr., no. 1, 1977, pgs. 49-62. También en "Temas de Derecho Penal", Madrid, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense 1977, pgs. 3-19.

- "La pena de inhabilitación especial en el aborto (Comentario sobre la doctrina jurisprudencial relativa al artículo 417 del Código Penal)", en CPCr., no. 1, 1977, pgs. 135-137. También en "Temas de Derecho Penal", Madrid, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1977, pgs. 113-116.

ROEDER, Hermann

"Exklusiver Täterbegriff und Mitwirkung am Sonderdelikten", en ZStW, Bd. 69, 1957, pgs. 223-268.

ROMERO MAURA, Joaquín

voz "Inhabilitación", en NEJ, T. XII, Barcelona, Editorial Francisco Seix, 1977, pgs. 588-608.

ROSAL, Juan DEL; COBO, Manuel; RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, "Derecho Penal Español (Parte Especial). Delitos contra las personas", Madrid, 1962.

ROSAL, Juan DEL

"Tratado de Derecho Penal Español (Parte General)", Madrid, vol. I: 1968, vol. II: 1972.

ROXIN, Claus,

"Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit BGHSt 7, 363", en JuS, 1964, pgs. 53-61.

- "Zur Dogmatik der Teilnahmelehre im Strafrecht", en JZ, 1966, pgs. 293-299.

- "Täterschaft und Tatherrschaft", 2. Aufl., Hamburg, Cram, de Gruyter & Co., 1967.

- "Política Criminal y Sistema del Derecho Penal", Traducción e Introducción de Francisco Muñoz Conde, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1972.

- "Sentido y límites de la pena estatal", en "Problemas Básicos del Derecho Penal", traducción y notas por Diego-Manuel Luzon Peña, Madrid, Editorial Reus, 1976, pgs. 11-36.

- "Franz von Liszt y la concepción política-criminal del Proyecto Alternativo", en "Problemas Básicos del Derecho Penal", traducción y notas por Diego-Manuel Luzon Peña, Madrid, Editorial Reus, 1976, pgs. 37-70.

ROYO-VILLANOVA, Segismundo

"El silencio positivo de la Administración y su interrupción en materia municipal", en REVL, no. 48, nov.-dic. 1949, pgs. 825-847.

RUDOLPHI, Hans-Joachim,

"Zum Wesen der Rechtsbeugung", en ZStW, 1970, pgs. 610-632.

- "Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs", en "Festschrift für Richard M. Honig", Göttingen, Verlag Otto Schwartz & Co., 1970, pgs. 151-167.

RUEDA, R. Ramiro,

"Elementos de Derecho Penal", T. II, 4a. ed., Santiago de Compostela, 1898.

RUPP, Hans Heinrich

"Nota" a la Sentencia del BVer.G. de 2-V-1967, en NJW, 1967, II, pgs. 1651-1652.

SAINZ CANTERO, José Antonio

"El desenvolvimiento histórico-dogmático del principio de 'no exigibilidad'", Separata del ADPCP, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1960.

- "La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho Penal", Universidad de Granada, 1965.
- "El informe de la Universidad de Granada sobre el proyecto que dió lugar al Código Penal de 1822", Separata del ADPCP, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1967.

SAINZ MORENO, Fernando

"Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa", Madrid, Editorial Civitas, 1976.

SAINZ DE VARANDA, Ramón

"Colección de Leyes Fundamentales", Zaragoza, Editorial Acribia, 1957.

SALDAÑA, Quintiliano

"Adiciones" al "Tratado de Derecho Penal" de Franz von Liszt, traducido de la 18 ed. alemana y adicionado con la Historia del Derecho Penal en España por Quintiliano Saldaña, T.I, 3a. ed., Madrid, Instituto Editorial Reus, s.f.

SANCHEZ- TEJERINA, Isaias

"Código Penal Anotado. 23 de Diciembre de 1944, con las modificaciones introducidas hasta el momento actual, con un breve comentario y la mas reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo", Madrid, Instituto Editorial Reus, 1948.

- "Derecho Penal Español", T. II: "Parte Especial. Los delitos y las faltas en particular, y sus penas", 5a. ed., Madrid, Instituto Editorial Reus, 1950.

- SANTANIELLO, Giuseppe,
 "Manuale di Diritto Penale", Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1957.
- SANTORO, Arturo,
 "Manuale di Diritto Penale", II: "Parte speciale: Delitti contro lo Stato", Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1962.
- SARSTEDT, Werner
 "Fragen zur Rechtsbeugung", en Festschrift für Ernst Heinitz", Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1972, pgs. 427-444.
- SAVATER, Fernando,
 "Por la abolición de la carcel", Introduucción a "El preso común en España" por F. Savater y otros, Madrid, Ediciones de la Torre, 1977, pgs. 9-14
- SCHAEFFER, C. - BECKER, Carl
 "Grundriss des Strafrechts", VIII Bd. des Grundrisses, Dusseldorf, Schmitz & Olberz, 1912.
- SCHMIDT, Eberhard,
 "Politische Rechtsbeugung und Richteranklage", en JV, 1948, pgs. 55-102.
- "La ley y los jueces", en "Derecho injusto y derecho nulo", Introduucción, traducción y selección de textos de José María Rodríguez Paniagua, Madrid, Aguilar S.A. de Ediciones, 1971, pgs. 25-69.
- SCHMIDT, Richard,
 "Grundriss des Deutschen Strafrechts. Vergleichende darstellung des geltenden Rechts sowie des geplanten neuen Strafrechts nach dem im Rechtsausschuss des Reichstags berantenen entwürf von 1927", 2. Aufl., Leipzig, C.L. Hirschfeld Verlag, 1931.
- SCHÖNKE, Adolf - SCHRÖDER, Horst
 "Strafgesetzbuch Kommentar", 16 Aufl., München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1972.
- Misma ob., 17 Aufl., 1974.
- Misma ob., 18 Aufl., 1976; V., CRAMER, Peter.
- SCHREIBER, Hans-Ludwig
 "Problemeder Rechtsbeugung", en GA, 1972, pgs. 193-208.
- SCHROEDER, Friedrich-Christian,
 "Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft", Berlin, Duncker & Humblot, 1965.

- SCHÜTZE, Theodor Reinhold,
 voz "Amtsverbrechen", en "Encyclopädie der Rechtswissenschaft in systematischer und alphabetischer Bearbeitung" ("Rechtslexicon"), herausgegeben von Franz von Holtzendorf, 2. Theil, Rechtslexicon: 1. Bd., Leipzig, Duncker & Humblot, 1870, pgs. 50-51.
- "Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, auf Grund des Reichsstrafgesetzbuche", 2. Aufl. Leipzig, J.M. Gebhardt's Verlag, 1874.
- SEEBODE, Manfred
 "Rechtsblindheit und bedingter Vorsatz bei der Rechtsbeugung", en JuS, 1969, pgs. 204-208.
- "Das Verbrechen der Rechtsbeugung", Neuwied und Berlin, Hermann Luchterhand Verlag, 1969.
- SELVA, Narciso Buenaventura
 "Comentarios al Código Penal Reformado y planteado provisionalmente por Ley de 3 de junio de 1870", Madrid, 1870.
- SERRANO MARTINEZ, José Enrique
 "La Ley de Relaciones Laborales y la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador", Separata de la obra "Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales", Madrid, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1977.
- SIEGERT, Karl
 "Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate", Tübingen, Verlag von J.C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1934.
- SILVA MELERO, Valentin,
 "El llamado Derecho penal administrativo en las direcciones contemporáneas", en ADPCP, T. XIII, Fasc. I. en.-marzo 1960, pgs. 27-35.
- "La verdad y el error en la decisión judicial", Separata de la RGLJ, jul.-ag. 1962, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1962.
- SIMON TOBALINA, Juan Luis DE
 "Régimen y retribuciones de los funcionarios de Administración Local", Madrid, Biblioteca "Certamen" de Administración Local, 1970.
- SINA, Peter
 "Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs 'Rechtsgut'", Basel, Helbig & Lichttenhahn, 1962.

- SOBOUL, Albert,
 "Compendio de la historia de la revolución francesa",
 trad. por E. Tierno Galvan, 2a. reimpresión de la 1a.
 ed., Madrid, Editorial Tecnos, 1975.
- SOBRAO MARTINEZ, Francisco
 "La infracción administrativa en la Jurisprudencia
 del Tribunal Supremo", en DA, no. 135, mayo-jun. 1970
 pgs. 119-126.
- SOMBART, Werner
 "El Burgues (contribución a la historia espiritual
 del hombre económico moderno)", Madrid, Alianza Edi-
 torial, 1972.
- SPAGNA MUSSO, Enrico,
 "Note per una discussione organica sulla utilizzazio-
 ne politica del diritto", en "L'uso alternativo del
 diritto", I: "Scienza giuridica e analisi marxista",
 por Pietro Barcellona y otros, Bari, Editori Later-
 za, 1973, pgs. 47-58.
- SPENDEL, Günter,
 "Zur Problematik der Rechtsbeugung", en "Gedächtniss-
 chrift für Gustav Radbruch", Göttingen, Vandenhoeck
 & Ruprecht, 1968, pgs. 312-323.
- "Justizmord durch Rechtsbeugung", en NJW, 1971, pgs.
 537-542.
- SPINELLI, Giuseppe,
 "I delitti contro la pubblica Amministrazione", Es-
 tratto da CBLP, Fas. 3-4, 1962, Milano, Dott. A.
 Giuffrè-Editore, 1964.
- SPIZUOCO, Renato
 "L'eccesso dai limiti delle proprie atribuzioni", en
 GP, vol. LXVI (XVI della 6a. Serie), Parte Seconda,
 1961, cols. 81-88.
- STAMPA BRAUN, José María
 "Introducción a la ciencia del Derecho Penal", Valla-
 dolid, 1953.
- STOCK, Ulrich
 "Entwicklung und Wesen der Amtsverbrechen", Leipzig,
 Verlag von Theodor Weicher, 1932.
- STORTONI, Luigi,
 "L'abuso di potere nel diritto penale", Milano, Dott.
 A. Giuffrè-Editore, 1976.
- STOYANOVITCH, Konstantin
 "El pensamiento marxista y el derecho", Madrid, Si-
 glo XXI de España Editores, 1977.

- STRATENWERTH, Günter,
 "Strafrecht. Allgemeiner Teil", I: "Die Straftat",
 2. Aufl. Köln-Berlin-Bonn-München, Carl Heymanns
 Verlag, 1976.
- SUAREZ MONTES, Rodrigo Fabio
 "El cheque en descubierto", Barcelona, Ediciones A-
 riel, 1965.
- "El delito de malversación de caudales públicos",
 en RGLJ, T. LII (220 de la colección), no. 6, junio
 de 1966, pgs. 831-879.
- SWARZENSKI, Alexander
 "Fahrlässige Rechtsbeugung und fahrlässig falsche
 Strafverfolgung", en J, Bd. IV, 1928/1929, pgs. 341-
 346.
- TAGLIARINI, Francesco
 "Il concetto di pubblica amministrazione nel codice
 penale", Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1973.
- TARELLO, Giovanni,
 "Orientamenti della magistratura e della dottrina su-
 lla funzione politica del giurista-interprete", en
 "L'uso alternativo del diritto", I: "Scienza giuridi-
 ca e analisi marxista", por Pietro Barcellona y otros,
 Bari, Editori Laterza, 1973, pgs. 59-102.
- "Storia della cultura giuridica moderna", vol. I:
 "Assolutismo e codificazione del diritto", Bologna,
 Società editrice Il Mulino, 1976.
- TEJERA, Diego Vicente,
 "La Prevaricación (Memoria leída el día 10. de sep-
 tiembre de 1925 por el fiscal de la Audiencia de Ma-
 tanzas en la solemne apertura de los Tribunales)",
 La Habana, 1926.
- TEMME, T. D. H.,
 "Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts", Stutt-
 gart, Verlag von Ferdinand Enke, 1876.
- TERUEL CARRALERO, Domingo,
 "Las Faltas (Doctrina. Comentario de las del Libro
 III del Código Penal. Las formuladas en Leyes Espe-
 ciales)", Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1956.
- "Teoría general de las infracciones contra el Estado",
 en ADPCP, T. XVIII, Fasc. II, mayo-ag. 1965, pgs. 299
 -315.
- TESAURO, Alfonso,
 "Sull'abuso generico di ufficio", en FP, 1950, cols.
 569-574.

- TEZANOS, José Félix,
 "Los límites de la obediencia. Consideraciones sobre el experimento de Stanley Milgram", en S.RCS, no. 12, en de 1976, pgs. 99-114.
- TOCQUEVILLE, Alexis DE,
 "El Antiguo Régimen y la Revolución", versión castellana de 2a. ed. francesa por R.V. de R., Madrid, Daniel Jarro Editor, 1911.
- TOMAS Y VALIENTE, Francisco,
 "Introducción" y "Notas", a "De los delitos y de las penas" de Cesare Beccaria, trad. Francisco Tomás y Valiente, Madrid, Aguilar S.A. de Ediciones, 1969.
- "El Derecho Penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)", Madrid, Editorial Tecnos, 1969.
- TORIO LOPEZ, Angel,
 "Introducción al falso testimonio", en RDPr., no. 1, en, -marzo 1965, pgs. 37 y sgs.
- TORO MARZAL, Alejandro DEL,
 "Comentarios al Código Penal", T. II, por Juan Cordoba y otros, Barcelona, Ediciones Ariel, 1972.
- TORRES DEL MORAL, Antonio,
 "Ética y poder", Madrid, Ediciones Azagador, 1974.
- "Democracia y representación en los orígenes del Estado constitucional", en REPl., no. 203, sept.- oct. 1975, pgs. 145-212.
 - "Ciencia y método en la obra de Montesquieu", en RFDUCM, Vol. XVIII, núms. 50-51, 1974, pgs. 311-450.
- TRAVERSO, Juan Damian,
 "Ilusión y realidad del Estado de Derecho", en RFDUCM, Vol. VI, no. 15, 1962, pgs. 645-678.
- TREPPER, Alfred,
 "Richterbestechung (§ 334 StGB) und Rechtsbeugung (§ 336 StGB) unter Berücksichtigung auch der Strafrechtsreform", Inaugural-Dissertation Erlangen, 1914.
- TRIEPEL, Heinrich,
 "Derecho público y política", Prólogo, Traducción y Apéndices de José Luis Carro, Madrid, Ediciones Civitas, 1974.
- TRUJILLO PEÑA, J.,
 "La desviación de poder en relación con el recurso de apelación y el silencio administrativo", en RAP, no. 35, mayo-ag. 1961, pgs. 153-165.

- VANNINI, Ottorino,
 "Manuale di Diritto Penale Italiano. Parte Speciale. I singoli delitti e le singole contravvenzioni", Nuova ed., Milano, Dott. A. Giuffr -Editore, 1951.
- VASALLI, Giuliano,
 "La riforma penale del 1974. Lezioni integrative del curso di diritto penale", I: "Precedenti e contesto", Milano, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi-Società Editrice Libreria, 1975.
- VIADA Y VILASECA, Salvador,
 "Código Penal reformado de 1870. Concordado y comentado", 4a. ed., Madrid, 1890.
- VICENTE CHAMORRO, Jesús,
 "Proceso por delitos de menores:  mbito objetivo", en RDC, no. 2, marzo-ab. 1969, pgs. 124-136.
- VILLA GIL, Luis Enrique DE LA,
 "Esquemas de Derecho del Trabajo", Valencia, multicop., 1972-1973.
- VILLAPALOS, Gustavo,
 "Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja Edad Media. Su evolución histórica en el reino castellano (1.252-1504)", Madrid, Publicaciones de la Escuela Nacional de Administración Pública, 1976.
- VILLAR PALASI, José Luis,
 "Derecho Administrativo", T. I: "Introducción y Teoría de las normas", Madrid, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 1968.
- VIVES ANTON, Tomás S. y GIMENO SENDRA, José-Vicente,
 "La detención (Detenciones ilegales./ La detención gubernativa y La detención judicial)", Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1977.
- WACKER, Hans,
 "Die Rechtsbeugung, Dogmatische und rechtspolitische Untersuchungen zu   336 des Reichsstrafgesetzbuches mit besonderer Berücksichtigung der Strafgesetzentw rfe", Inaugural-Dissertation, Kiel, 1931.
- WACHENFELD, Friedrich,
 "Lehrbuch des Deutschen Strafrechts", München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung - Oscar Beck, 1914.
- WAGNER, Heinz,
 "Amtsverbrechen", Berlin, Duncker & Humblot, 1975.
- WELZEL, Hans,
 "Studien zum System des Strafrechts", en ZStW, Bd. 58, 1939, pgs. 491-566.

- "Der Irrtum über die Amtspflicht", en JZ, 1952, pgs. 208-209.
- "Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung", 11. Aufl., Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1969.
- "El problema de la validez del derecho", en "Derecho injusto y derecho nulo", Introducción, traducción y selección de textos de José María Rodríguez Paniagua, Madrid, Aguilar S.A. de Ediciones, 1971, pgs. 73-128.

WIETHÖLTER, Rudolf,

"Gli interessi dello Stato di diritto borghese", en "L'uso alternativo del diritto", I: "Scienza giuridica e analisi marxista", por Pietro Barcellona y otros, Bari, Editori Laterza, 1973, pgs. 37-45.

- "Le formule magiche della scienza giuridica", Bari, Editori Laterza, 1975.

WOLF, Erik,

"El carácter problemático y necesario de la ciencia del derecho", trad. de Eduardo A. Vazquez, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962.

WÜRTENBERGER, Thomas,

"Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft", 2. Aufl., Karlsruhe, Verlag C.F. Müller, 1959.

ZANOBINI, Guido,

"Corso di diritto amministrativo", Vol. 10.: "Parte generale", 4a. ed., Milano, Dott. A. Giuffrè-Editore, 1945.

ZERBOGLIO, Adolfo,

"Trattato di Diritto Penale", vol. III: "Dei delitti contro la pubblica amministrazione e l'amministrazione della Giustizia", Milano, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, s.f.

ZIELINSKI, Diethart,

"Handlungs-und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff", Berlin, Duncker & Humblot, 1973.

ZUCCALÀ, Giuseppe,

"L'infedeltà nel diritto penale", Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1961.

I N D I C E

	<u>Pág.</u>
INDICE DE ABREVIATURAS	3
 <u>CAPITULO PRIMERO: LOS ELEMENTOS "RESOLUCION" Y "ASUNTO ADMINISTRATIVO" EN EL ART. 358 C.P. ..</u>	
SUMARIO DEL CAPITULO PRIMERO.....	8
I. LA "RESOLUCION": OPINION DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA PENALES.....	16
II. LA "RESOLUCION" EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. ESTUDIO ESPECIFICO DEL CONCEPTO Y CARACTERES DE LA "RESOLUCION" EN LA LEGISLACION PROCESAL-ADMINISTRATIVA	24
1. Delimitaciones previas	24
2. La "resolución en la Ley de Procedimiento Administrativo de 17-VII-1958	39
3. La "resolución" en el D. 1.408/1966 de 2 de Junio, de adaptación de la L.P.A. a los Departamentos militares	118
4. La "resolución" en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Texto refundido de 26 de Julio de 1957	122
5. La "resolución" en la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26-XII-1958	143
6. La "resolución" en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27-XII 1956	144
7. Conclusiones generales del apartado II	162
III. "RESOLUCION" Y DISPOSICIONES GENERALES	167
1. Introducción	167
2. Argumentos que favorecen la inclusión de disposiciones generales en la "resolución" del art. 358 C.p. y delimitación de las incluibles en el mismo	177
3. Conclusiones	232

	<u>Págs.</u>
IV. EL "ASUNTO ADMINISTRATIVO"	236
1. Concepto y función	236
2. Otros problemas vinculados a este elemento...	241
3. Conclusiones	248
<u>CAPITULO SEGUNDO: EL BIEN JURIDICO.....</u>	
SUMARIO DEL CAPITULO SEGUNDO	251
I. EL TIT. VII Y EL BIEN JURIDICO	268
1. Las opiniones doctrinales sobre la rúbrica y contenido del Tit. VII. Crítica.....	268
2. Interpretación de la rúbrica	272
3. Verificación de la interpretación propuesta para la rúbrica en el contenido del Tit. VII.	293
4. La función pública como bien jurídico y crite- rio de agrupación del Tit. VII. El doble cuestionamiento de la función pública como bien jurídico.....	309
II. LA PROTECCION PENAL DE LA FUNCION PUBLICA HASTA LA ILUSTRACION	314
1. La función pública como objeto jurídico encar- dinado en la protección del Estado en el dere- cho histórico. La tesis de TAGLIARINI. Delí- tos de "lesa majestad" y delitos contra la ac- tividad del Estado. Crítica	315
2. Confrontación de la tesis criticada con las leyes castellanas históricas	320
3. Conclusión: la estructura jurídica escalonada de la protección penal del Estado; delitos de lesa majestad, delitos contra los funciona- rios y delitos de funcionarios; el caracter mediato, pero no autónomo, de los delitos de funcionarios respecto a la protección penal del Estado	338
III. LOS MOVIMIENTOS ILUMINISTAS Y LA CODIFICACION Y LA PRETENDIDA AUTONOMIA DE LOS "DELITOS CONTRA LA FUNCION PUBLICA"	342
1. Planteamiento	343
2. La opinión de TAGLIARINI	344

	<u>Págs.</u>
3. Comprobación en BECCARIA	344
4. Comprobación en MONTESQUIEU y en la teoría de división de poderes	370
5. Conclusión general: el rechazo penal de la división de poderes y el acogimiento de la idea de la integración de éstos, como funciones, en el Estado	407
IV. LA CONCEPCION DOMINANTE EN LA DOCTRINA Y LEGISLACION PENALES MODERNAS Y CONTEMPORANEAS: PROPUESTA DE CAMBIO	409
1. Estado-persona y "función pública". La protección penal indiferenciada de las actividades legislativa, judicial y administrativa..	409
2. Administración-función y Administración-persona	422
3. Las consecuencias de la protección penal de la Administración-función	430
4. Estado-persona y Administración-función en los Códos. pens. españoles del siglo XX.....	439
5. Conclusiones: La pretendida autonomía de los "delitos contra la función pública en los Códos. pens. "liberales"; la recepción en los Códos. totalitarios; la destrucción de la tesis autonomista: la protección del Estado a través de los "delitos contra la función pública"	464
6. La doctrina italiana sobre el bien jurídico en los "delitos contra la administración pública"	469
7. La doctrina española sobre el bien jurídico en el Tit. VII	489
8. La doctrina alemana sobre el bien jurídico en los "delitos de cargo"	506
9. La conexión entre el Derecho penal totalitario y el "deber del cargo" como objeto jurídico de los "delitos de funcionarios"	536
10. Conclusiones generales del apartado IV	540

V.	CRITICA A LA CONCEPCION DEL "DEBER DEL CARGO" COMO BIEN JURIDICO EN LOS "DELITOS DE FUNCIONARIOS".	545
1.	Planteamiento	545
2.	Los posibles reparos a la conexión entre la concepción totalitaria del delito y el pensamiento del "deber del cargo" como objeto jurídico de los "delitos de funcionarios"	546
3.	El pensamiento del "deber del cargo" como visión totalitaria de la actividad administrativa; Administración-Estado y Administración-ciudadanos: la consideración de las relaciones funcionario-ciudadanos; El "deber de servicio" de la Administración para con la sociedad como ámbito de la antijuridicidad de los "delitos de funcionarios"; deber y bien jurídico; la fosilización del bien jurídico en beneficio del deber	554
4.	La insuficiencia del "deber para colmar la antijuridicidad en los tipos del Tit. VII	559
5.	Consideración de la doctrina del "deber del cargo" en el Tit. VII	585
6.	El bien jurídico en el Derecho disciplinario de funcionarios y en el Tit. VII C.p.	593
7.	Conclusiones generales del apartado VII	604
VI.	"DELITOS DE FUNCIONARIOS" Y DERECHO DISCIPLINARIO DE FUNCIONARIOS	608
1.	Planteamiento	608
2.	Precisiones previas	609
3.	La distinción "cualitativo-cuantitativa" entre ilícitos penales y disciplinarios, "de funcionarios". Planteamiento inicial	620
4.	La "diferencia cualitativa"	621
5.	La "diferencia cuantitativa"	632
6.	Crítica a la justificación y fundamentación del Derecho disciplinario de funcionarios como el ámbito "interno" de poder de la Administración. Trascendencia y significación de las distintas posturas ante las relaciones Derecho penal-Derecho disciplinario	647

	<u>Págs.</u>
7. La moderna doctrina española dominante	655
8. Otras precisiones	662
9. Faltas disciplinarias de funcionarios y bien jurídico	674
10. "Delitos de funcionarios" y bien jurídico. Los ejemplos doctrinales de "delitos de funcionarios" indiferenciables de las faltas disciplinarias de funcionarios	675
11. Conclusiones generales del apartado VI	677
VII. EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN EL ART. 358 C.P. ..	682
1. Rechazo del "deber del cargo" como objeto de protección	682
2. Conclusiones generales de los apartados anteriores, aplicables para la determinación del bien jurídico en el art. 358 C.p.	688
3. Exposición y crítica de la doctrina sobre el bien jurídico en el art. 358 C.p.	691
4. La doctrina sobre el bien jurídico en el § 336 StGB alemán	704
5. Los rasgos fundamentales caracterizadores de la actividad administrativa. El servicio que la Administración pública tiene que prestar a la comunidad como ámbito del bien jurídico protegido por la norma del art. 358 C.p.	726
6. Verificación de la hipótesis anterior y concreción del objeto de protección indicado. La legalidad en el ejercicio de la actividad administrativa como bien jurídico protegido en el art. 358 C.p.	732
7. El ejercicio de las potestades de la Administración como objeto jurídico de los tipos del art. 358 C.p.	761
8. Consideraciones finales	775
9. Conclusiones generales del apartado VII	782

<u>CAPITULO TERCERO:</u>	<u>LOS ELEMENTOS TIPICOS "INJUSTA" Y</u>	
	<u>"MANIFIESTAMENTE INJUSTA"; "A SA-</u>	
	<u>BIENDAS" Y "NEGLIGENCIA O IGNORAN-</u>	
	<u>CIA INEXCUSABLE", DEL ART. 358</u>	
	<u>C.P.</u>	
I.	PROBLEMATICA. DOCTRINA ESPAÑOLA	794
	1. Problemática	794
	2. Doctrina española	796
II.	RESOLUCION OBJETIVA O SUBJETIVAMENTE INJUSTA.	
	OTRAS TEORIAS	806
	1. Teoría subjetiva. Enunciado	808
	2. La "convicción" del funcionario y la objeti- va corrección o incorrección de su resolu- ción	809
	3. Las teorías objetiva y subjetiva y la cues- tión del bien jurídico	814
	4. Los elementos subjetivos en la opción teoría objetiva-teoría subjetiva. El error	818
	5. La teoría intermedia: tesis de RUDOLPHI	825
	6. La teoría mixta. Crítica desde la teoría ob- jetiva	832
III.	EL ART. 358 C.P.: "RESOLUCION INJUSTA" Y "MANI- FIESTAMENTE INJUSTA". "A SABIENDAS" Y "NEGLIGEN- CIA O IGNORANCIA INEXCUSABLE"	836
	1. Aplicabilidad de la problemática expuesta en el art. 358 C.p.	836
	2. La imposibilidad de la teoría subjetiva y de la teoría mixta	838
	3. La compatibilidad de la teoría objetiva con la "injusticia" por desviación de poder ..	840
	4. La cuestión de las "leyes multívocas" y la "discrecionalidad"	844
	5. La "resolución manifiestamente injusta" del párr. 2º del art. 358 C.p.	845

	<u>Págs.</u>
6. La "negligencia o ignorancia inexcusable" del párr. 2° del art. 358 C.p.	853
7. El "a sabiendas" del párr. 1° del art. 358 C.p.	866
8. La segunda forma de entender el "manifiestamente" injusta del 2° párr. del art. 358	893
IV. CONTENIDO Y ALCANCE DE LA INJUSTICIA. EL PROBLEMA DE LA CONTRAVENCION DEL DERECHO SUPRALEGAL. EL ELEMENTO TIPICO "INJUSTA" Y EL BIEN JURIDICO.....	899
1. Contenido y alcance	899
2. Resoluciones anticonstitucionales	903
3. "Resolución injusta" y obsolescencia de la ley. Resoluciones contrarias al derecho supralegal	907
4. El elemento típico "injusta" y el bien jurídico	927
V. CONCLUSIONES GENERALES DEL CAPITULO TERCERO	927
 <u>CAPITULO CUARTO: AUTORIA Y PARTICIPACION. EJECUCION. CONFIGURACION JURIDICA DEL DELITO.</u>	
SUMARIO DEL CAPITULO CUARTO	934
I. SOBRE LA AUTORIA DEL "EXTRANEUS"	936
II. AUTORIA Y PARTICIPACION DEL "INTRANEUS". CARACTERIZACION DEL SUJETO ACTIVO	938
III. SOBRE LA AUTORIA MEDIATA DEL "INTRANEUS"	942
IV. CONFIGURACION JURIDICA DEL DELITO	944
1. No es delito de propia mano. Argumentos a favor de la admisión de un resultado	944
2. Configuración de los tipos	955
V. CONSECUENCIAS DE LA CONFIGURACION JURIDICA DEL DELITO	957
1. Imposibilidad de la autoría mediata	957

	<u>Págs.</u>
2. Delito especial propio, no de propia mano. <u>D</u> iferencias	957
3. Coautoría en los órganos colegiados	960
4. Posibilidad de frustración	961
5. Admite la comisión por omisión	961
6. La tentativa inidónea.....	962
VI. NEGACION DE LA AUTORIA MEDIATA DEL "EXTRANEUS". INDUCCION, COOPERACION NECESARIA Y COMPLICIDAD DEL EXTRAÑO	965
VII .EL "EXTRANEUS" EN RELACION A LA COEJECUCION DEL Nº 1 DEL ART. 14	972
VIII. CONCLUSIONES GENERALES DEL CAPITULO CUARTO	983
<u>CAPITULO QUINTO: LA PENA.</u>	985
SUMARIO DEL CAPITULO QUINTO	986
I. CLASE DE PENA	990
1. Planteamiento. El problema general: una inha bilitación especial o tres inhabilitaciones especiales	990
2. La opinión de RODRIGUEZ DEVESA	991
3. La opinión de CASABO	993
4. Las opiniones de MANZANARES	994
5. Crítica a la "privación" de cargos no ostenta dos y de una pluralidad de cargos, en aplica- ción del art. 36 C.p.	999
6. Determinación de la "inhabilitación especial" del art. 431. Criterios generales para la de terminación de las penas de "inhabilitación especial"	1.003
7. La doble restricción en la interpretación del art. 41	1.008
8. La inhabilitación especial para derecho de su fragio	1.026

	<u>Págs.</u>
9. Conclusiones generales del apartado I	1.037
10. Determinación de la "inhabilitación especial" del art. 358 C.p.	1.042
II. DURACION DE LA PENA Y SUS EFECTOS	1.046
1. Planteamiento. Las contrapuestas opiniones doctrinales sobre la perpetuidad o temporalidad de la "privación" de los números 1° de los arts. 35 y 36.	1.046
2. Toma de postura sobre el anterior problema.	
3. Conclusión: la temporalidad, en todos sus efectos, de la inhabilitación especial del art. 358 C.p.	1.072
III. LA IGUALDAD DE PENAS EN LOS DOS PARRAFOS DEL ART. 358 C.P.	1.073
1. Planteamiento del problema en la doctrina..	1.073
2. La explicación del mayor daño	1.076
3. Las dos vías de solución en la interpretación del término "manifiestamente"	1.083
4. Conclusiones generales del apartado III ...	1.088
IV. LA PENA DEL PARTICIPE "EXTRANEUS"	1.089
V. LA "BENIGNIDAD" DE LA PENA DEL ART. 358 C.P. ..	1.093
1. La doctrina	1.093
2. El origen talionar y posterior desenvolvimiento	1.094
3. Retribucionismo y aseguramiento. La estimación distinta de la prevaricación judicial respecto a la administrativa	1.099
4. Toma de postura y conclusiones	1.101

	<u>Págs.</u>
<u>AMPLIACIONES DE NOTAS</u>	1.104
<u>BIBLIOGRAFIA</u>	1.157
<u>INDICE</u>	1.199